سلسلة نصوص تراثية للباحثين (٦٦٢)

الحكم بالموجب

من مصنفات الفقه وأصوله

د / يوسف بن حمود الحوشان

١٤٤٤هـ

نسخة أولية من غير ترتيب او مراجعة

ومتاح لكل أحد الاستفادة منها

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله اما بعد

فهذه نصوص جمعت باستخدام برنامج شاملة وورد من برمجيات الدكتور سعود العقيل بواسطة المكتبة الشاملة

معتمدة على توظيف الكلمة المفتاحية وتوفير النصوص للباحثين لتحريرها والاستفادة منها وهي مشاعة لمن يستفيد منها

وسيتبعها نصوص أخرى يسر الله نشرها والله الموفق

يوسف بن حمود الحوشان

yhoshan@gmail.com

https://t.me/dralhoshan تليجرام

"تنبيهات : الأول : وقع في فتاوى السبكي أن [امرأة وقفت دارا ذكرت أنها بيدها وملكها وتصرفها على ذريتها] وشرطت النظر لنفسها ثم لولدها وأشهد حاكم شافعي على نفسه بالحكم بموجب الإقرار المذكور وبثبوت ذلك عنده وبالحكم به وبعده شافعي آخر فأراد حاكم مالكي إبطال هذا الوقف بمقتضى شرطها النظر لنفسها واستمرار يدها عليها وبمقتضى كون الحاكم لم يحكم بصحته وأن حكمه بالموجب لا يمنع النقض وأفتاه بعض الشافعية بذلك تعلقا بما ذكره الرافعي عن أبي سعيد الهروي في قول الحاكم صح ورود هذا الكتاب علي فقبلته قبول مثله وألزمت العمل بموجبه أنه ليس بحكم وتصويب الرافعي ذلك .

قال السبكي : والصواب عندي أنه لا يجوز نقضه سواء اقتصر على **الحكم بالموجب** أم لا لأن كل شيء حكم فيه حاكم حكما صحيحا لا ينقض حكمه وأما من خص ذلك في الحكم بالصحة فلا .

وليس هذا اللفظ في شيء من كتب العلم فليس من شرط امتناع النقض أن يأتي الحاكم .

بلفظ الحكم بالصحة .

قال ولأن الحكم بموجب الإقرار مستلزم للحكم بصحة الإقرار وصحة المقر به في حق المقر ، فإذا حكم المالكي ببطلان الوقف استلزم الحكم ببطلان الإقرار وببطلان المقر به في حق المقر .

قال ولأن الاختلاف بين الحكم بالصحة والموجب إنما يظهر فيما يكون الحكم فيه بالصحة مطلقا على كل أحد .

أما الإقرار فالحكم بصحته إنما هو على المقر والحكم بموجبه كذلك .

قال : وأما ما نقله الرافعي عن الهروي فالضمير في." (١)

"ما افترق فيه الحكم بالصحة **والحكم بالموجب** قال البلقيني : بينهما فروق : الأول : أن الحكم بالصحة منصب إلى إنفاذ ذلك الصادر من بيع ووقف ونحوهما **والحكم بالموجب** منصب إلى أثر ذلك الصادر .

الثاني : أن الحكم بالصحة لا يختص بأحد **والحكم بالموجب** يختص بالمحكوم عليه بذلك .

الثالث : أن الحكم بالصحة يقتضي استيفاء الشروط **والحكم بالموجب** لا يقتضي استيفاء الشروط وإنما مقتضاه صدور ذلك الحكم ، والحكم على المصدر بما صدر منه قال الشيخ ولي الدين وعمل الناس الآن على هذا الفرق ، وطريقة الحكام الآن أنه إذا قامت عندهم البينة العادلة باستيفاء العام وشروط ذلك العقد الذي يراد الحكم به حكم بصحته وإن لم تقم البينة باستيفاء شرطه حكم بموجبه **فالحكم بالموجب** أحط مرتبة من الحكم بالصحة ، ثم قال البلقيني : ويفترقان في مسائل يكون في بعضها الحكم بالصحة أقوى وفي بعضها **الحكم بالموجب** أقوى ، فمن الأول ما لو حكم شافعي بموجب الوكالة بغير رضا الخصم فللحنفي الحكم بإبطالها ، ولو حكم بصحتها لم يكن للحنفي الحكم بإبطالها ؛ لأن موجبها المخالفة صحت أو فسدت لأجل الإذن فلم يتعرض الشافعي للحكم بالصحة ، وإنما تعرض للأثر فساغ للحنفي الحكم بإبطالها لأنه يقول للشافعي جردت حكمك للازم ولم تتعرض لصحة الملزوم ولا عدمه أنا أقول بإبطالها فلم يقع الحكم في محل

(١) الأشباه والنظائر ١١/١٨٨

الخلاف .

ومن الثاني ما لو حكم الحنفي بصحة التدبير لم يمتنع على الشافعي الحكم." [1]

"بالبيع لأنه عند الشافعي صحيح ولكن يباع ولو حكم بموجب التدبير لم يكن للشافعي الحكم بالبيع لأن من موجب التدبير عنده عدم البيع ومنه ما لو حكم شافعي بصحة بيع الدار التي لها جار فإنه يسوغ للحنفي أن يحكم بأخذ الجار بالشفعة لأن البيع عنده صحيح فتسلط لأخذ الجار .

كما يقول الشافعي في بيع أحد الشركاء ولو حكم الشافعي بموجب شراء الدار المذكورة لم يكن للحنفي أن يحكم بأخذ الجار لأن من موجبها الدوام والاستمرار قال : والضابط أن المتنازع فيه إن كان صحة ذلك لشيء وكانت لوازمه لا تترتب إلا بعد صحته .

كان الحكم بالصحة مانعا للخلاف واستويا حينئذ وإن كانت آثاره تترتب مع فساده قوي الحكم بالصحة على **الحكم بالموجب** .

وذكر بعضهم أن **الحكم بالموجب** يجوز نقضه بخلاف الحكم بالصحة فيفترقان في ذلك لكن خطأه السبكي كما تقدم في القاعدة الأولى من الكتاب الثاني .." [2]

"والحاصل أن الذي يتجه اعتماده وبه يلتئم أطراف ما حكيناه عن البلقيني وغيره : أن **الحكم بالموجب** يتناول ما دخل وقته وما لم يدخل وقته ، لكن بشرط أن يدخل وقت سببه كما في مسألة الإدخال ، فإن الحنفي الحاكم بالموجب تضمن حكمه الإذن للواقف في الإدخال ، فكان ذلك الإدخال كأنه وجد لوجود سببه من إذن الحاكم له فيه أو وقت ما يشمله كما في مسألة الإجارة ، فإن الحكم فيها توجه إلى الدوام الشامل لمنع الانفساخ بالموت ، ففي هاتين الصورتين وما أشبههما يتناولها **الحكم بالموجب** كما يتناول ما دخل وقته ، بل بالغ بعض محققي مشايخنا وقال : الموجب مفرد مضاف وهو للعموم فيتناول جميع الآثار التي دخل وقتها والتي لم يدخل وقتها .." [3]

"ولما ذكره في خصوص هذا المثال وجه كما مر ومع ذلك فإطلاقه إلغاء هذا الحكم غير صحيح ، بل يتعين في هذا المثال وأشباهه أن يرجع إلى معنى **الحكم بالموجب** عند الحاكم به ، فإن كان يقول في **الحكم بالموجب** : لا بد من دخول وقت المحكوم به فالحق ما قاله الولي ، وإن كان مذهبه في **الحكم بالموجب** أنه لا يشترط فيه ذلك لم يصح ما قاله الولي من بطلان حكم المخالف في هذه المسألة ، فالحق في هذه الصورة وأشباهها إناطة الحكم فيها بمذهب الحاكم فحيث كان الحكم بموجب التعليق قبل الملك صحيحا في مذهبه ، لزم كل أحد تنفيذ حكمه ، ولم يسمع من مخالف أن يقول فيه من

---

(١) الأشباه والنظائر ٦٣/٣١

(٢) الأشباه والنظائر ٦٤/٣١

(٣) الاجتهاد والتقليد وتقليد غير الأئمة الأربعة، ٢٢٢/٣١

قبل رأيه ، بل ولا من قبل رأي مقلده بأنه فاسد ولا أنه خرج مخرج الإفتاء ؛ لأن ذلك إنما نشأ من اجتهاده أو اجتهاد مقلده ، وهو ليس بحجة على المخالف .." (١)

"وكذلك فعل شيخه البلقيني وكذلك فعل السبكي فأطبقوا على ذلك ، ولم يحيلوا على مذهب الحنفي الحاكم في ذلك الوقف بالموجب ، قلت : إن ما أفتى به في تلك المسائل من موجبات الألفاظ التي لا تختلف فيها المذاهب كما أشار إليه في جواب آخر ، فليس هذا مما نحن فيه ، وهو مما تختلف فيه المذاهب ، فهذا يتعين فيه ما ذكرته من الرجوع لمذهب الحاكم بعد ، فتأمله في تفريعه أعني أبا زرعة على ما هو صحيح عند الحنفية فقط ، فقد جرى على ما هو المقرر في المذاهب أن الحكم المختلف فيه بعد الحكم يكون كالمتفق عليه . ثم رأيت في كلام السبكي في القول الموعب في الحكم بالموجب ما يؤيد أن المراد بالموجب كل حكم ترتب على ذلك الحكم ، وإن لم يدخل وقته ، وملخص عبارته لا إبهام في الموجب لأنه مقتضى اللفظ ، وهو أمر معلوم واعلم أن مقتضى اللفظ ومدلوله وموجبه ألفاظ متقاربة ، فمدلوله ما يفهم منه ، ومقتضاه وموجبه ما يفهم منه وما يترتب عليه ، وإن لم يفهم منه كالبيع مدلوله : نقل الملك بعوض ومقتضاه : ذلك وما يترتب عليه من انتقال الملك وثبوت الخيار وحل الانتفاع وغيرها من الأحكام التي اقتضاها البيع .." (٢)

"ونظيره أن يقول : حكمت بكل ما يوجبه هذا اللفظ ، وهو عالم بهذه الكلية إذ الشرط علم الحاكم بمقتضاها ، وإن لم يستحضر ذلك الوقت جزئياتها ولو قال : مهما كان مقتضى هذا اللفظ حكمت به وهو عالم بمقتضاه صح وكان حكما بذلك اللفظ وترتب أثره عليه ا هـ المقصود منه ، وهو صريح في أن الحكم بالموجب يتناول جميع آثار ذلك المحكوم به على العموم الشامل صريحا لما دخل وقته ، وما لم يدخل وقته وحينئذ فالحق مع البلقيني لموافقته لكلام السبكي ، هذا لا مع أبي زرعة لمخالفة كلامه لكلام هذين الحبرين مع أن كلا منهما أعلم بالمصطلحات ومقتضى الألفاظ وما يترتب عليها ، فاعلم ذلك فإنه مهم أي مهم ، رابعها : تحرير مسألة السؤال ، وهي أن الشافعي هل يسمع الدعوى بضمان الماء ويحكم به بعد حكم الحنفي بموجب وقفه أم لا ؟ فنقول : هذه المسألة هل هي مما دخل وقته أم لا ؟ والحق في ذلك سؤال الحنفية عن الحكم بموجب وقف الماء إذا هل يتناول عدم ضمانه ؟ فإن قالوا : يتناوله لم يجز للشافعي سماع الدعوى به ليحكم بضمانه لما تقرر : أن حكم الحاكم الصحيح على مذهبه لا يجوز لمخالفه نقضه ولا التعرض لما يخالفه .." (٣)

"وإن قالوا : لا يتناوله أو ذكروا : أن المسألة ليست منقولة عندهم رجعنا إلى مذهب الشافعي في ذلك ، وهو ما قدمناه وحينئذ فنقول : هذه المسألة يحتمل أنها مما دخل وقته عند حكم الحنفي بالموجب ، فتكون من حيز القسم المتفق على شمول الحكم بالموجب له ، وبيان ذلك : أن حكم الحنفي بموجب الوقف متضمن للحكم باستحقاق الموقوف عليه لغلة الوقف ، وعدم استحقاقه لما ليس من غلته . وحينئذ فحكمه بموجب وقف الماء يتضمن الحكم بعدم استحقاق الموقوف عليه لضمان الماء على من استولى عليه ولو تعديا ؛ لأن هذا من أحكام الماء الذي حكم بموجب وقفه ، فهو من آثاره

---

(١) الاجتهاد والتقليد وتقليد غير الأئمة الأربعة، ٢٢٥/٣١

(٢) الاجتهاد والتقليد وتقليد غير الأئمة الأربعة، ٢٢٨/٣١

(٣) الاجتهاد والتقليد وتقليد غير الأئمة الأربعة، ٢٣٠/٣١

الحاضرة وقت الحكم ، فعليه ليس للشافعي الحكم في هذه المسألة بضمان الماء ؛ لأنه يناقض حكم الحنفي المتضمن لعدم ضمانه ، وسيأتي في كلام السبكي ما يرجح هذا الاحتمال ، وهو قوله : وموجب الوقف صيرورة ذلك وقفا واستحقاق الموقوف عليه منافعه إلى غير ذلك من الأحكام الثابتة له ا هـ .." (١)

"وبيانه أن من الأحكام الثابتة له استحقاق الموقوف عليه بدل الماء الموقوف تارة ، وعدم بدله أخرى ، فالحكم بموجبه حكم بتلك الأحكام التي من جملتها استحقاق بدل الماء وعدمه ، ويحتمل أن هذه المسألة ليست في شيء من هذا المبحث أصلا ؛ لأن حكم الحنفي بموجب الوقف لا تعرض فيه لضمان الماء بنفي ولا إثبات ؛ لأن هذا ليس من تفاريع الوقف حتى يشمله الحكم بموجب الوقف ، وإنما هو من تفاريع الاستيلاء على حق الغير ، وحينئذ فحكم الشافعي بضمان الماء لا يناقض حكم الحنفي بموجب الوقف ، وقد أفتيت سابقا فيمن وقف دارا على نفسه ثم أولاده وهكذا ، وحكم بموجب الوقف وصحته ولزومه حنفي ، فأجره ولده مائة سنة ، وحكم له بذلك شافعي ، فهل ينفذ حكم الشافعي أم لا ؟ لمخالفته لما يراه الحنفي أن **الحكم بالموجب** متضمن للحكم بجميع الآثار التي يراها الحاكم ، قال أبو زرعة مخالفا لشيخه الإمام البلقيني : بشرط أن يدخل وقت الحكم بها ، إذا تقرر ذلك علم منه أن حكم الحنفي بموجب الوقف متضمن لحكمه بامتناع إجارته مدة لا يجيزها الحنفي ؛ لأن هذا أثر من آثار حكمه وقد دخل وقته أي : فهو كمنع بيع المدبر السابق .." (٢)

"وللسبكي رحمه الله تعالى كلام في الفرق بين الحكم بالصحة **والحكم بالموجب** ، بعضه يشهد للأول وبعضه يشهد للثاني ، وحاصل عبارته : أن للأول شروطا ترجع للمتصرف والمتصرف فيه وكيفية التصرف ، فإذا ثبت حكم بصحة التصرف وبالموجب الذي هو نتيجة ذلك التصرف ، فإن فقد بعض تلك الشروط حكمنا بفساده ، وإن تردد فيها فما رجع للصيغة أو حال التصرف فواضح ، وما رجع للمتصرف فما كان من الشروط الوجودية كالملك اشترط ثبوته للحكم بصحته ، بخلاف الشروط العدمية ككونه لم يتعلق به حق الغير لم يشترط ثبوته ، واشترط ثبوت نحو الملك ؛ لأنه لا أصل له ولا ظاهر يدل عليه ، فإذا لم يثبت ملك ولا عدمه وثبت ما سواه لم يحكم فيه بالصحة ، ولكن التصرف صالح وسبب لترتب أثره عليه في المملوك ، ويكون على وجه مجمع عليه ، وقد يكون مختلفا فيه فيحكم القاضي بموجب ذلك .." (٣)

"وله فوائد منها أن التصرف سبب مفيد للملك بشرطه حتى إذا كان مختلفا في إفادته الملك كالوقف على النفس فحكم بموجبه من يرى صحته ، ارتفع الخلاف وأن الواقف يؤاخذ بذلك حتى لو أراد بيعه بعد ، لم يمكن وأن يؤخذ كل ما هو في يده إذا أقر للواقف بالملك ، فإنه يؤاخذ بذلك كما يؤاخذ الواقف وذريته من بعده وأن يصرف الريع للموقوف عليه باعتراف ذي اليد ، ولا يتوقف ذلك على الحكم بصحة الوقف في نفس الأمر ، بل وقف الواقف لما في يده أو اعتراف ذي اليد له كاف فيه ، **فالحكم بالموجب** في الحقيقة حكم بالبينة . وثبوت أثرها في حق من أقر له بالملك كالواقف ومن تلقى عنه بلا شرط ، وفي حق غيرهم يشترط ثبوت الملك ، فإن حكم البينة لازم لكل أحد ، وحكم الإقرار قاصر على

---

(١) الاجتهاد والتقليد وتقليد غير الأئمة الأربعة، ٢٣١/٣١

(٢) الاجتهاد والتقليد وتقليد غير الأئمة الأربعة، ٢٣٢/٣١

(٣) الاجتهاد والتقليد وتقليد غير الأئمة الأربعة، ٢٣٤/٣١

المقر ومن تلقى عنه ، فإذا ثبت بالبينة بعد ذلك الملك كان ذلك الحكم الأول لازما لكل أحد ، وإن لم يثبت كان لازما لذي اليد ومن اعترف له .." (١)

"ولا نقول : إن الحكم على كل أحد معلق على شرط ، بل الحكم منجر على كل وجه كلي يندرج فيه فأجاب : يثبت الملك عليه إما بإقرار وإما ببينة ، ويزيد الحكم بالصحة على ذلك أنه حكم بوجود الشرط وانتفاء المانع وبصحة التصرف في نفسه مطلقا ، ويلزم منه الحكم بثبوت أثره في حق كل أحد ، **فالحكم بالموجب** معناه الحكم بثبوت الأثر في حق كل من ثبت الملك عليه بإقرار أو ببينة ، سواء كان الإقرار والبينة موجودين أم متجددين بعد ذلك ، ويلزم منه الحكم بالصحة في حقهم لا مطلقا والحكم بالصحة معناه : الحكم بالمؤثرية التامة مطلقا ، ويلزم منها ثبوت الأثر في حق كل أحد أن لا يأتي المحكوم عليه بدافع ، واحتمال الدافع لا ينافي الجزم بالحكم ، وإنما جاز **الحكم بالموجب** ولم يتوقف على ثبوت الملك ؛ لأنه يؤدي إلى أن من بيده ملك لو وقفه على الفقراء مثلا وثبت مكن من بيعه ، وهو مخالف للقاعدة الشرعية : أن المقر والمتصرف يؤاخذ بمقتضى إقراره وتصرفه ، فتعين الحكم عليه بموجب إقراره لذلك ولأنها إن كانت خرجت عن ملكه فقد خرجت عنه بالوقف وإلا فلا يقر على بيعه ، فهو منه باطل قطعا ، وإنما جاز." (٢)

"خامسها : يتعين على الشافعي إذا أريد الدعوى عنده بذلك الماء الذي هو من بعض عيون مر الظهران أن يكلفهم البينة بملك منبعه حتى يكون الماء مملوكا ، ولا يكفي حكم الحنفي بموجب وقفه ؛ لأن **الحكم بالموجب** لا يستلزم الحكم بملك المحكوم له كما صرحوا به ، فإذا استوى ذلك سأل الحنفية ، فإن قالوا : إن حكم الحنفي بموجب الوقف يمنع ضمان الماء لم تسمع الدعوى لئلا يكون مناقضا لحكم الحنفي ، وإن قالوا : لا يمنعه تسمع الدعوى .." (٣)

"وأفتاه بذلك بعض الشافعية أخذا من تصويب الرافعي أن قول الحاكم : صح ورود هذا الكتاب علي فقبلته قبول مثله وألزمت العمل بموجبه أنه ليس بحكم ، وقال بعض الحنفية : لو اقتصر على الحكم بموجب الإقرار جاز نقضه ولكن هنا زيادة تمنع النقض وهي قوله : وبالحكم به أي بصحة الوقف ، ووافقه بعض المالكية أو قارب ثم صوب السبكي أنه لا يجوز نقضه ، اقتصر على **الحكم بالموجب** أم لا ، ورد جعل الضمير في به للواقف بأنه لا يحتمله ، وإنما الذي يحتمله أنه عائد على الإقرار وهو الأظهر ، أو على موجب الإقرار فهو تأكيد ، والحكم بموجب الإقرار فقط أو على الثبوت ، فالمحكوم به موجب الإقرار أو ثبوت الإقرار . ونسبة الحكم إلى الثبوت صحيحة بناء على ما عليه الأكثرون : أن سماع البينة وإنهاء الحال إلى القاضي نقل شهادة لا حكم بقيام البينة ، فيحتاج إلى الحكم بها وبه يعلم أن لفظة الحكم قد لا يراد بها الإلزام بالمدعى به ، وتستعمل في تثبيت الدعوى ثم صوب السبكي أن الحكم بأحد الوجوه المذكورة لا يجوز نقضه بحال إذا لم يخالف نصا ولا إجماعا ولا قياسا ولا قاعدة كلية .." (٤)

---

(١) الاجتهاد والتقليد وتقليد غير الأئمة الأربعة، ٢٣٥/٣١

(٢) الاجتهاد والتقليد وتقليد غير الأئمة الأربعة، ٢٣٦/٣١

(٣) الاجتهاد والتقليد وتقليد غير الأئمة الأربعة، ٢٣٨/٣١

(٤) الاجتهاد والتقليد وتقليد غير الأئمة الأربعة، ٢٤٠/٣١

"وأطال في بيان ذلك ومنه حكاية جماعة من أئمة مذهبنا وغيرهم الإجماع ، على أن كل حكم كذلك لا يجوز نقضه ، نعم قال ابن القاسم : للحاكم نقض حكم نفسه إذا بان خطؤه بالاجتهاد ، وخالفه ابن الماجشون ، وهو المعروف عندنا ، ورد السبكي على من زعم أن الحكم بالصحة لا ينقض بخلاف **الحكم بالموجب** بأن ذلك لا مستند له في شيء من كتب العلم ، بل لا ينقض كل منهما وبين أن شرط الحكم بالصحة المطلقة أن يثبت عند الحكم وجود جميع شروطها ، وكذا عبر القضاة فيها . وأما هي بالنسبة لمعين فيكفي إقراره في الحكم بصحته ليؤاخذ به ، فالحكم بموجب الإقرار يستلزم الحكم بصحته وصحة المقر به في حق المقر ، فهنا ثلاثة أحكام .." (١)

"ويحتمل أنه حكم بثبوته ، لكن هذا لا يتأتى هنا لأنه جمع بين الثبوت والحكم ، فتعين حمله على **الحكم بالموجب** ؛ لأنه المحقق دون الحكم بالصحة لأنها أخص ، ومر أن التخالف بينهما إنما هو من حيث الإطلاق على كل أحد لا هنا ، فإنهما مستويان بالنسبة للمقر ، ثم بين السبكي بطلان ما مر من التعليق بكلام الرافعي : بأن ضمير موجبه الواقع في كلامه يعود على الكتاب كما هو واضح ، وموجبه صدور ما تضمنه من إقرار كما في مسألتنا أو تصرف ، وقوله وإلزام العمل به هو أنه ليس بزور ، فمفاد كلامه يثبت الحجة وقبولها لا الحكم لتوقفه على أمور أخر ، فلذا صوب الرافعي أنه ليس يحكم في مسألته ، ومسألتنا ليست مثلها للتصريح فيها **بالحكم بالموجب** . ، وليس في عبارة الرافعي لفظة الحكم بل الإلزام ، وهو وإن عدوه من ألفاظ الحكم ، لكن محله في الإلزام بالمدعى به .." (٢)

"أما إلزام العمل بالموجب فلم يقع في كلامهم إلا هنا ، وقد يتوقف في مرادفته للحكم بالموجب والإلزام بالموجب ، وفي مسألتنا صرح الحاكم بلفظ الحكم ، فكيف يمكن أن يقال : إنه ما حكم فإن ادعى أن الحاكم استعمل لفظ الحكم في غير ما وضع له كان قدحا فيه ، وهو لا يقبل لأن الفرض في قاض متبصر بالحقائق عالم صالح للقضاء ، وقد اطرد عرف بلادنا بأن **الحكم بالموجب** حكم صحيح كاف على أن ينفذ هذا الحكم حاكم جيد كالحاكم الأول ، والتنفيذ إنما يكون في الحكم لا الثبوت ، فحمله على الثبوت فيه قدح للمنفذ أيضا ، إذ لا يجوز للثاني أن يسمع البينة على الأول ، وهو معه في البلد على ما هو المشهور من مذهبه فسماعه للبينة .." (٣)

"(٤) قوله إنه لا فرق بين الحكم بالصحة وبين **الحكم بالموجب** باعتبار الاستواء في الشرط السابق أي من صدور دعوى صحيحة من مدع على مدعى عليه وعدم الاكتفاء بالإجمال ويفهم من قوله باعتبار الاستواء في الشرط السابق أن بينهما فرقا من جهة أخرى وقد فرقوا بينهما من وجوه الأول أن الحكم بالصحة منصب إلى نفاذ العقد الصادر من بيع أو وقف بموجب ما صدر عنه ولا يستدعي ثبوت أنه مالك إلى حين البيع أو الوقف قوله الرابع بينا في الشرح حكم ما إذا حكم بقول ضعيف إلخ وهو أن ." (٥)

---

(١) الاجتهاد والتقليد وتقليد غير الأئمة الأربعة، ٢٤١/٣١

(٢) الاجتهاد والتقليد وتقليد غير الأئمة الأربعة، ٢٤٤/٣١

(٣) الاجتهاد والتقليد وتقليد غير الأئمة الأربعة، ٢٤٥/٣١

(٤) ٣٣٢

(٥) غمز عيون البصائر – موافق – محقق، ٣٣٢/١١

"الثالث : ٢٠ – أنه لا فرق بين الحكم بالصحة ، **والحكم بالموجب** باعتبار الاستواء في الشرط السابق فإن وقع التنازع بين خصمين في الصحة كان الحكم بها صحيحا ، وإن لم يقع بينهما تنازع فيها فلا ، وكذا **الحكم بالموجب** إن وقع تنازع في موجب خاص من مواجب ذلك الشيء الثابت عند القاضي ووقعت الدعوى بشروطها ، كان حكما بذلك الموجب فقط دون غيره ، وإلا فلا ، فإذا أقر بوقف عقاره عند القاضي ، وشرط فيه شروطا وثبت ملكه لما وقفه وسلمه إلى ناظر ثم تنازعا عند قاض حنفي ، وحكم بصحة الوقف ولزومه وموجبه لا يكون حكما بالشروط ؛ فلو وقع التنازع في شيء من الشروط عند مخالف كان له أن يحكم بمقتضى مذهبه ، ولا يمنعه حكم الحاكم الحنفي السابق إذ لم يحكم بمعاني الشروط إنما حكم بأصل الوقف ، وما تضمنه من صحة الشروط ، فليس للشافعي الحكم بإبطاله باعتبار اشتراط العلة له أو النظر أو الاستدلال .

Sقوله : إنه لا فرق بين الحكم بالصحة ، وبين **الحكم بالموجب** باعتبار الاستواء في الشرط السابق : أي من صدور دعوى صحيحة من مدع على مدعى عليه ، وعدم الاكتفاء بالإجمال .

ويفهم من قوله باعتبار الاستواء في الشرط السابق أن بينهما فرقا من جهة أخرى ، وقد فرقوا بينهما من وجوه : الأول : أن الحكم بالصحة منصب إلى نفاذ العقد الصادر من بيع أو وقف بموجب ما صدر عنه ، ولا يستدعي ثبوت أنه مالك إلى حين البيع أو الوقف .." (١)

"ص –١٠٣–...تنبيهات:

الأول: وقع في فتاوى السبكي أن [امرأة وقفت دارا ذكرت أنها بيدها وملكها وتصرفها على ذريتها] وشرطت النظر لنفسها ثم لولدها وأشهد حاكم شافعي على نفسه بالحكم بموجب الإقرار المذكور وبثبوت ذلك عنده وبالحكم به وبعده شافعي آخر فأراد حاكم مالكي إبطال هذا الوقف بمقتضى شرطها النظر لنفسها واستمرار يدها عليها وبمقتضى كون الحاكم لم يحكم بصحته وأن حكمه بالموجب لا يمنع النقض وأفتاه بعض الشافعية بذلك تعلقا بما ذكره الرافعي عن أبي سعيد الهروي في قول الحاكم صح ورود هذا الكتاب علي فقبلته قبول مثله وألزمت العمل بموجبه أنه ليس بحكم وتصويب الرافعي ذلك.

قال السبكي: والصواب عندي أنه لا يجوز نقضه سواء اقتصر على **الحكم بالموجب** أم لا لأن كل شيء حكم فيه حاكم حكما صحيحا لا ينقض حكمه وأما من خص ذلك في الحكم بالصحة فلا.

وليس هذا اللفظ في شيء من كتب العلم فليس من شرط امتناع النقض أن يأتي الحاكم. بلفظ الحكم بالصحة.

قال ولأن الحكم بموجب الإقرار مستلزم للحكم بصحة الإقرار وصحة المقر به في حق المقر، فإذا حكم المالكي ببطلان الوقف استلزم الحكم ببطلان الإقرار وببطلان المقر به في حق المقر.

قال ولأن الاختلاف بين الحكم بالصحة والموجب إنما يظهر فيما يكون الحكم فيه بالصحة مطلقا على كل أحد. أما الإقرار فالحكم بصحته إنما هو على المقر والحكم بموجبه كذلك.

قال: وأما ما نقله الرافعي عن الهروي فالضمير في قوله "بموجبه" عائد على الكتاب وموجب الكتاب صدور ما تضمه من

---

(١) غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، ١٩٥/٢١

إقرار أو تصرف أو غير ذلك. وقبوله، وإلزام العمل به هو أنه ليس بزور، وأنه مثبت الحجة غير مردود، ثم يتوقف الحكم بها على أمور أخر.." (١)

"ص -٥٢٩-...ما افترق فيه الحكم بالصحة **والحكم بالموجب**.

قال البلقيني: بينهما فروق:

الأول: أن الحكم بالصحة منصب إلى إنفاذ ذلك الصادر من بيع ووقف ونحوهما **والحكم بالموجب** منصب إلى أثر ذلك الصادر.

الثاني: أن الحكم بالصحة لا يختص بأحد **والحكم بالموجب** يختص بالمحكوم عليه بذلك.

الثالث: أن الحكم بالصحة يقتضي استيفاء الشروط **والحكم بالموجب** لا يقتضي استيفاء الشروط وإنما مقتضاه صدور ذلك الحكم، والحكم على المصدر بما صدر منه.

قال الشيخ ولي الدين وعمل الناس الآن على هذا الفرق، وطريقة الحكام الآن أنه إذا قامت عندهم البينة العادلة باستيفاء العام وشروط ذلك العقد الذي يراد الحكم به حكم بصحته وإن لم تقم البينة باستيفاء شرطه حكم بموجبه **فالحكم بالموجب** أحط مرتبة من الحكم بالصحة.

ثم قال البلقيني: ويفترقان في مسائل يكون في بعضها الحكم بالصحة أقوى وفي بعضها **الحكم بالموجب** أقوى.

فمن الأول ما لو حكم شافعي بموجب الوكالة بغير رضا الخصم فللحنفي الحكم بإبطالها، ولو حكم بصحتها لم يكن للحنفي الحكم بإبطالها ؛ لأن موجبها المخالفة صحت أو فسدت لأجل الإذن فلم يتعرض الشافعي للحكم بالصحة، وإنما تعرض للأثر فساغ للحنفي الحكم بإبطالها لأنه يقول للشافعي جردت حكمك للازم ولم تتعرض لصحة الملزوم ولا عدمه أنا أقول بإبطالها فلم يقع الحكم في محل الخلاف.

ومن الثاني ما لو حكم الحنفي بصحة التدبير لم يمتنع على الشافعي الحكم بالبيع لأنه عند الشافعي صحيح ولكن يباع ولو حكم بموجب التدبير لم يكن للشافعي الحكم بالبيع لأن من موجب التدبير عنده عدم البيع.

ومنه ما لو حكم شافعي بصحة بيع الدار التي لها جار فإنه يسوغ للحنفي أن يحكم بأخذ الجار بالشفعة لأن البيع عنده صحيح فتسلط لأخذ الجار. كما يقول الشافعي في بيع أحد الشركاء ولو حكم الشافعي بموجب شراء الدار المذكورة لم يكن للحنفي أن يحكم بأخذ الجار لأن من موجبها الدوام والاستمرار.." (٢)

"قال: والضابط أن المتنازع فيه إن كان صحة ذلك لشيء وكانت لوازمه لا تترتب إلا بعد صحته. كان الحكم بالصحة مانعا للخلاف واستويا حينئذ وإن كانت آثاره تترتب مع فساده قوي الحكم بالصحة على **الحكم بالموجب**.." (٣)

---

(١) موسوعة أصول الفقه (١٨) مؤلفا موافقا للمطبوع، ١٩٠/١٦١

(٢) موسوعة أصول الفقه (١٨) مؤلفا موافقا للمطبوع، ٢٢٩/١٧١

(٣) موسوعة أصول الفقه (١٨) مؤلفا موافقا للمطبوع، ٢٣٠/١٧١

"ص -٥٣٠-...وذكر بعضهم أن **الحكم بالموجب** يجوز نقضه بخلاف الحكم بالصحة فيفترقان في ذلك.

لكن خطأه السبكي كما تقدم في القاعدة الأولى من الكتاب الثاني.

ما افترق فيه الشهادة والرواية.

افترقا في أحكام:

الأول: العدد يشترط في الشهادة دون الرواية.

الثاني الذكورة لا تشترط في الرواية مطلقا بخلاف الشهادة في بعض المواضع.

الثالث: الحرية تشترط في الشهادة مطلقا دون الرواية.

الرابع: تقبل شهادة المبتدع إلا الخطابية ولو كان داعية ولا تقبل رواية الداعية.

الخامس: تقبل شهادة التائب من الكذب دون روايته.

السادس: من كذب في حديث واحد رد جميع حديثه السابق بخلاف من يتبين شهادته للزور في مرة لا ينقض ما شهد به قبل ذلك.

السابع: لا تقبل شهادة من جرت شهادته إلى نفسه نفعا أو دفعت عنه ضررا وتقبل ممن روى ذلك. الثامن: لا تقبل الشهادة لأصل وفرع ورقيق بخلاف الرواية.

التاسع والعاشر والحادي عشر: الشهادة إنما تصح بدعوى سابقة وطلب لها وعند حاكم بخلاف الرواية في الكل.

الثاني عشر: للعالم الحكم بعلمه في التعديل والتجريح قطعا مطلقا في الرواية بخلاف الشهادة فإن فيها ثلاثة أقوال: أصحها التفصيل بين حدود الله تعالى وغيرها.

الثالث عشر: يثبت الجرح والتعديل في الرواية بواحد دون الشهادة على الأصح.

الرابع عشر: الأصح في الرواية: قبول الجرح والتعديل غير مفسر من العالم ولا يقبل الجرح في الشهادة منه إلا مفسرا.

الخامس عشر: يجوز أخذ الأجرة على الرواية بخلاف الشهادة إلا إذا احتاج إلى مركوب.

السادس عشر: الحكم بالشهادة تعديل قال الغزالي: بل أقوى منه بالقول بخلاف عمل العالم أو فتياه بموافقة المروي على الأصح لاحتمال أن يكون ذلك الدليل آخر.

السابع عشر: لا تقبل الشهادة على الشهادة إلا عند تعسر الأصل بموت أو غيبة أو نحوهما بخلاف الرواية.." [(١)]

"بينة الإبراء أولى من بينة أن له عليه كذا في الحال

ولو ادعى ديناً أو عيناً فبرهن خصمه أنك أقررت أن لا دعوى

ولا خصومة لي عليك تسمع وتدفع دعواه وإن كان يحتمل أنه يدعي عليه

بسبب بعد إقراره لأن الأصل أن الموجب والمسقط إذا تعارضا يعتبر المسقط

متأخراً إذ السقوط يكون بعد الوجوب سواء اتصل **الحكم بالموجب**

(١) موسوعة أصول الفقه (١٨) مؤلفا موافقا للمطبوع، ٢٣١/١٧١

أو لم يتصل (ر محلات متفرقة من النصف الأخير من الفصل العاشر من جامع الفصولين)

(تنبيه آخر)

قد يتعارض المانع والمقتضي ولا يقدم أحدهما على الآخر بل يعمل في كل

شرح القواعد الفقهية ج:١ ص:٢٥٠

منهما بما يقتضيه من ذلك المسألة التالية رجل قال لامرأته إن لم أطلقك اليوم ثلاثاً فأنت طالق ثم أراد أن لا يطلق امرأته ولا يصير حانثاً قالوا الحيلة في هذا ما روي عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى ــ وعليه الفتوى ــ أن يقول لامرأته في اليوم أنت طالق ثلاثاً على ألف درهم فإذا قال لها ذلك تقول المرأة لا أقبل فإذا قالت المرأة ذلك ومضى اليوم كان الزوج باراً في يمينه ولا يقع الطلاق لأنه طلقها في اليوم ثلاثاً وإنما لم يقع الطلاق عليها لرد المرأة وهذا لا يخرج كلام الزوج من أن يكون تطليقاً (ر حاشية الرملي على جامع الفصولين من الباب الرابع والثلاثين صفحة ٢١٣ نقلاً عن الخانية)

فقد عمل في الفرع المذكور بكليهما عمل بالمقتضي وهو اعتبار الزوج موقعاً للطلاق الثلاث عليها على ألف فلذا لم يحنث في يمينه وعمل بالمانع من وقوع الثلاث وهو رد المرأة وعدم قبولها

(تنبيه آخر)

لا فرق في تقديم المانع على المقتضي بين أن يجيئا معاً كأكثر الفروع المخرجة على القاعدة أو يطرأ المانع على المقتضي قبل حصول المقصود من المقتضي فإنه يقدم المانع كما لو شهد لامرأة أجنبية عنه ثم تزوجها قبل القضاء بشهادته أو شهد وليس بأجير ثم صار أجيراً ــ أي أجيراً خاصاً ــ قبل القضاء بشهادته بطلت شهادته في المسألتين (ر معين الحكام الفصل السابع من." (١)

"(١٦/س٤) وسألت ([٣٨٦]) شيخ المالكية في وقته، الشيخ نور الدين السخاوي (١٧١) ، عند توجهه إلى الديار المصرية، في سنة اثنين وخمسين وسبعمائة، لما جاء وودعني [وتوجه] ([٣٨٧]) ، [سألته] ([٣٨٨]) عن مسألة ([٣٨٩]) / **الحكم بالموجب** ([٣٩٠]) : هل يجوز أن ينقض ([٣٩١]) القاضي المالكي الحكم ([٣٩٢]) بالموجب أم لا؟ (٣١/س١ - ٢١/س٢) فقال ما صورته: " إن كان القاضي الذي حكم بالموجب، لا يشترط لحكمه (

---

(١) شرح القواعد الفقهية ـ للزرقا، اص/١٤٣

[٣٩٣]) // ثبوت الملك للواقف مثلا، فلا يجوز للقاضي المالكي أن ينقضه، [ولا] ([٣٩٤]) يتعرض إليه بنقض ". هذه عبارته وكتب بخطه تحت خطي: " المنسوب إلي من النقل صحيح "، كتبه: علي السخاوي المالكي. فإذا كان هذا قول السخاوي فليس لأحد من المالكية أن يقول بخلافه على أنهم قلوا في بلادنا وبلاد الشام [بأسره] ([٣٩٥]) ولم يبق بعد الشيخ نور الدين فيهم ([٣٩٦]) من يصلح للفتيا ([٣٩٧]) في ([٣٩٨]) مذهبه.وأدركت منهم جماعة من ([٣٩٩]) الذين كانوا فضلاء مفتين ([٤٠٠]) ، كابن أبي الوليد (١٧٢) ، والشيخ العالم صدر الدين سليمان المالكي (١٧٣) – رحمه الله تعالى – وكان خصيصا بالوالد – رحمه الله –، [ثم بي] ([٤٠١]) ، والشيخ ([٤٠٢]) [العالم] ([٤٠٣]) العلامة كمال الدين القسطنطيني (١٧٤) – رحمه الله –، وكان من أعيانهم، والقفصي (١٧٥) ، / وكان نائبا في الحكم، والسفاقسي (١٧٦) وكان مفتيا ([٤٠٤]) ، وقاضي القضاة شرف (٣١/س١ – ٢١/س٢) / الدين الهمداني، شيخي في الخرقة الصوفية. (٣٢/س١) (١٦/س٣) (١٦/ب) (٢٢/س٢) / وكلهم درجوا ([٤٠٥]) إلى ([٤٠٦]) رحمة الله تعالى ولم يبق إلا الشيخ نور الدين المشار إليه –[سلمه الله] ([٤٠٧]) – وبقي الآن منهم طلبة، لا يقوم أحد منهم بمعرفة مذهبه ولا يصرف همته إلى تحصيله [وطلبه] ([٤٠٨]) [بل] ([٤٠٩]) يشتغل بالنحو ([٤١٠]) وغيره، اشتغالا يسيرا. ولا يفتي ([٤١١]) أحد منهم في مذهبه بدمشق ([٤١٢]) ، / ولا ببلد من بلاد الشام، [عن ([٤١٣]) أهلية وتحصيل] ([٤١٤]) . فيتعين على السلطان أن لا يولي أحدا في الشام، [على ([٤١٥]) هذا المذهب، ممن بقي من المقيمين بها] ([٤١٦]) ، لعدم أهلية أحد للقضاء من المالكية.

---

[٣٨٦] ([٣٨٦]) في ب، س١: " سألت ". [٣٨٧] ([٣٨٧]) سقط من ب، س١. [٣٨٨] ([٣٨٨]) سقط من: س٢، س٣، س٤. [٣٨٩] ([٣٨٩]) في ب: " مسائل ". [٣٩٠] ([٣٩٠]) في س٢: " الموجب ". [٣٩١] ([٣٩١]) في ب، س١: " يقضي ". [٣٩٢] ([٣٩٢]) في ب، س١: " بالحكم ". [٣٩٣] ([٣٩٣]) في ب: " لحكم ". [٣٩٤] ([٣٩٤]) سقط من س٢. [٣٩٥] ([٣٩٥]) سقط من ب، س١. [٣٩٦] ([٣٩٦]) في س٢: " منهم ". [٣٩٧] ([٣٩٧]) في ب: " للفتوى ". [٣٩٨] ([٣٩٨]) في ب: " على ". [٣٩٩] ([٣٩٩]) في س٢، س٣، س٤: " وهم ". [٤٠٠] ([٤٠٠]) في ب، س١: " مفتيون ". [٤٠١] ([٤٠١]) سقط من ب، س١. [٤٠٢] ([٤٠٢]) في ب، س١: " ثم الشيخ ". [٤٠٣] ([٤٠٣]) سقط من: ب، س٢، س٣. [٤٠٤] ([٤٠٤]) في س٢، س٣، س٤: " متفننا ". [٤٠٥] ([٤٠٥]) في ب، س١: " ادرجوا ". [٤٠٦] ([٤٠٦]) في ب، س١: " في ". [٤٠٧] ([٤٠٧]) سقط من: ب، س١. [٤٠٨] ([٤٠٨]) سقط من: ب، س٢، س٣، س٤. [٤٠٩] ([٤٠٩]) سقط من س٢. [٤١٠] ([٤١٠]) في س٣: " بالبحور ". [٤١١] ([٤١١]) في ب، س١: " يقدر ". [٤١٢] ([٤١٢]) في س٢: " بمدينة دمشق ". [٤١٣] ([٤١٣]) في ب، س١: " على ". [٤١٤] ([٤١٤]) سقط من س٢. [٤١٥] ([٤١٥]) في ب: "في ". [٤١٦] ([٤١٦]) سقط من س٢، س٣، س٤.." [(١)]

---

(١) تحفة الترك فيما يجب أن يعمل في الملك نجم الدين الطرسوسي ص/٣٨

"وقال ابن عبد الحكم: أرى أن يقر كل قضاء قضي به مما اختلف الناس فيه كائنا ما كان، ما لم يكن خطأ بينا لم يأت فيه خلاف من أحد. هذا في القاضي العادل. أما قاضي الجور مجتهدا أو مقلدا إن عرف بذلك فإن أقضيته كلها ترد، لأنه لا يؤمن حيفه، إلا ما عرف صوابه من الأحكام ظاهرا وباطنا. (انظر: – تبصرة الحكام ٥٦/١، ٥٩ – الهداية ١٠٧/٣ – مختصر الطحاوي ٣٢٧ – إيضاح المسالك إلى قواعد مالك القاعدة ١١ (كل مجتهد في الفروع الظنية مصيب، أو المصيب واحد لا بعينه) . (١٦٩) ألفاظ " الصحة " و "الثبوت " و " الموجب "، متداولة في الأحكام والتسجيلات القضائية، على مراتب في القوة والضعف، وأعلاها الحكم بالصحة، أي بصحة العقد. والحكم بالصحة عرفه سراج الدين البلقيني الشافعي بقوله: " الحكم بالصحة عبارة عن قضاء من له ذلك، في أمر قابل لقضائه، ثبت عنده وجوده، بشرائطه الممكن ثبوتها، أن ذلك الأمر صدر من أهله، في محله، على الوجه المعتبر عنده في ذلك شرعا ". وعلى هذا فالحكم بالصحة يستدعي ثلاثة أشياء: أهلية التصرف، وصحة الصيغة، وكون تصرفه في محله. ومعنى الحكم بالصحة كونه ملزما لكل أحد، وتترتب آثاره عليه، حتى لو كان في محل مختلف فيه، فإنه ينفذ. فكل ما كان مختلفا فيه، وعرفه القاضي وحكم به مع علمه بالخلاف، ارتفع أثر ذلك الخلاف بالنسبة إلى تلك الواقعة. أما الثبوت فهو قيام الحجة على ثبوت السبب عند الحاكم، فإذا ثبت بالبينة مثلا أن النكاح كان بغير ولي، أو بصداق فاسد، أو أن الشريك با ع حصته من أجنبي في مسألة الشفعة، أو أن المرأة زوجة للميت حتى ترث، ونحو ذلك من ثبوت أسباب الحكم، وانتفت الريبة، وحصلت الشروط، فهذا هو الثبوت، والحكم من لازمه. وهذا معنى قول بعض الفقهاء: " المشهور أن الثبوت حكم "، يريدون هذه الصورة خاصة. وليس ذلك في جميع صور الثبوت. فالثبوت قد يستلزم حكما وقد لا يستلزمه. والصورة قد تكون قابلة لاستلزام الحكم وقد لا تكون قابلة. مما يبين أن الثبوت غير الحكم. هذا في الصور المتنازع فيها التي حكم القاضي فيها بطريق الإنشاء. أما الصور المجمع عليها كثبوت القتل سببا للقصاص، وثبوت السرقة سببا للقطع مثلا، فهذه لا تستلزم إنشاء حكم من جهة القاضي. لأن أحكام هذه الصور مقررة في أصل الشريعة بالإجماع، والقاضي فيها مجرد منفذ للأحكام. أما **الحكم بالموجب**، أي بمقتضى ما ثبت عند القاضي، فقد بين حده سراج الدين البلقيني بقوله: " **الحكم بالموجب** هو قضاء المتولي بأمر ثبت عنده بالإلزام بما يترتب على ذلك الأمر خاصا أو عاما، على الوجه المعتبر عنده في ذلك شرعا. وهناك تفاصيل في كتب الفقه والقضاء حول الفروق بين **الحكم بالموجب** والحكم بالصحة، والصور التي يجتمع فيها الحكم بالصحة **والحكم بالموجب**، وما يتضمن فيها **الحكم بالموجب** الحكم بالصحة ... الخ. (انظر: – الذخيرة للقرافي ١٣٣/١٠ – تبصرة الحكام لابن فرحون ٨٢/١، أدب القضاء لابن أبي الدم ٢٠٨ – الأشباه والنظائر للسيوطي ١٣٤) . (١٧٠) في الشهادة على الخط داخل المذهب المالكي خلاف، فقد روي عن مالك جوازها، كما روي عنه أنها لا تجوز. والجواز هو الصحيح المعمول به في المذهب. والمنع خوف الاشتباه بين الخطوط. وقال ابن راشد: " الشهادة على الخط حصل فيها حاسة البصر وحاسة العقل، فالبصر رأى خطا فانطبع في الحاسة الخيالية، والعقل قابل صورته بصورة ذلك الخط، يعني خط الرجل الذي رآه يكتب غير مرة حتى انطبعت صورة خطه في مرآته. . . الخ ". وقد اختلف علماء المذهب فيما تجوز فيه الشهادة على الخط، ذهب بعضهم إلى أنها لا تجوز في طلاق، ولا عتاق، ولا نكاح، ولا حد من الحدود، ولا في كتاب القاضي إلى

القاضي بالحكم، ولا تجوز إلا في الأموال خاصة. وحيث لا تجوز شهادة النساء ولا اليمين مع الشاهد لا تجوز الشهادة على الخط. وحيث يجوز هذا يجوز هذا. وقال ابن راشد " وهذه التفرقة لا معنى لها، والصواب الجواز في الجميع " (انظر: - تبصرة الحكام ٢٨٤/١ - بداية المجتهد ٤٦٩/٢ - الهداية ١٠٥/٣، الذخيرة ١٥٦/١٠، ١٦٦ - الكافي في فقه المالكية ٤٧٤ - جواهر العقود ٣٥٩/٢، ٣٦٦) . (١٧١) نور الدين السخاوي: أبو الحسن علي بن عبد النصير بن علي السخاوي - نسبة إلى "سخا " بالوجه البحري بمصر - المالكي، قاضي قضاة الديار المصرية، توفي بها وقد قارب الثمانين سنة ٧٥٦ هـ - ١٣٥٥ م. اعترف له أهل زمانه بالتقدم عليهم ووصفوه بأنه أحفظهم لمذهب المالكية، مع الدين المتين، والأمانة، والصيانة، حج مرات، قدم إلى دمشق، ثم إلى مصر. تولى القضاء عوضا عن تاج الدين الأخنائي. فباشره مباشرة حسنة نيفا وسبعين يوما، كان في أكثرها ضعيفا مريضا، وأدركه الأجل فمات. وأعيد الأخنائي مكانه. قال عنه ابن حبيب: "كان رأسا في مذهب مالك ". وقال العراقي: "كان شيخ المالكية وفقيههم بالديار المصرية ". (انظر: - النجوم الزاهرة ٣١٨/١٠ - توشيح الديباج لبدر الدين القرافي ١٦٧، الدرر الكامنة ١٥٠/٣) . (١٧٢) ابن أبي الوليد: هو محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد التجيبي الإشبيلي القرطبي، ولد بإشبيلية سنة ٦٣٨ هـ /١٢٤١ م. أحد شيوخ الذهبي، أسرته أسرة علم وفضل، استشهد جده الشيخ محمد بن أحمد التجيبي (ابن الحاج) . وهو ساجد في مسجد قرطبة عندما هاجمها الصليبيون فانتقلت الأسرة إلى إشبيلية حيث ولد صاحب الترجمة. وبعد أن صادر ابن الأحمر أموال الأسرة واضطهدها، انتقل إلى تونس، ثم إلى الشرق فسكن دمشق سنة ٦٨٤ هـ وأم بمحراب المالكية. عرض عليه القضاء فأبى. توفي رحمه الله سنة ٧١٧ هـ/١٣١٨ م، وخلف ولدين كل منهما كان إماما للمالكية بمحراب الصحابة بالجامع الأموي. وهما: عبد الله بن أبي الوليد المقرئ توفي سنة ٧٤٣هـ. والشيخ العالم أبو عمر بن أبي الوليد المتوفي سنة ٧٤٥هـ. (انظر: البداية والنهاية ٩١/١٤، ٢١٥) . (١٧٣) هو سليمان بن إبراهيم بن سليمان بن داود بن عتيق بن عبد الجبار، صدر الدين المالكي. ذكره ابن رافع في معجمه. ولي قضاء الشرقية ثم الغربية من الديار المصرية، وسار رسولا إلى بغداد عن الناصر محمد. تولى مشيخة الشيوخ إلى قضاء قضاة المالكية بدمشق سنة ٧٢٧ هـ. توفي سنة ٧٣٤ هـ. (انظر: الدرر الكامنة ١٤٠/٢، الترجمة ١٨٢٦ - البداية والنهاية ١٢٩/١٤) . (١٧٤) كمال الدين القسطنطيني: لم أجد له ترجمة فيما بين يدي من المراجع. (١٧٥) القفصي: لم يوضح المؤلف شخصية القفصي الذي يقصده. وقد كان في هذا العصر قاضيان مالكيان كل منهما يدعى القفصي. الأول هو: محمد بن عبد الله بن راشد البكري القفصي المالكي. تعلم بقفصة وتونس والإسكندرية والقاهرة. ولي القضاء بتونس فتألب عليه أعداؤه لعلمه وفضله وصرامته فعزل. توفي سنة ٧٣٦ هـ، ١٣٣٦ م. ولم تذكر له زيارة ولا قضاء بدمشق مما يبعد أن يكون المقصود لدى المؤلف.." [١]

"الركن الثاني: المقضي به، وفيه بيان حكم القاضي المقلد، وما يتعين في حقه أن يحكم به من الأقوال والروايات، وبيان ما ينقض فيه حكم الحاكم ونقض القاضي أحكام نفسه ونقضه أحكام غيره، وبيان ما لا ينفذ من أحكام القاضي، وبيان ما لا يعتبر من أفعاله إذا عزل أو مات، وحكم التكييف من القضاء وجمع السلطان الفقهاء للنظر في حكم القاضي،

---

(١) تحفة الترك فيما يجب أن يعمل في الملك نجم الدين الطرسوسي ص/٨٨

والنظر في قيام المحكوم عليه يريد فسخ الحكم عنه.

الركن الثالث: المقضي له.

الركن الرابع: المقضي فيه، وفيه ذكر الأحكام التي ينظر فيها القاضي وما ليس له النظر فيه، وحكم الشيء المدعى فيه يكون في غير بلد الدعوى.

الركن الخامس: المقضي عليه وفيه أنواع: المقضي عليهم والحكم على الغائب.

الركن السادس: في كيفية القضاء ويشتمل على سبعة أقسام: القسم الأول في معرفة تصرفات الحكام وفيه فصول:

أولها: في تقرير الحكام على الوقائع وما هو منها حكم وما ليس بحكم.

وثانيها: في بيان الفرق بين تصرفات الحكام التي هي حكم لا يجوز تعقبها والتي ليست بحكم ويجوز تعقبها.

وثالثها: في بيان المواضع التي تفتقر إلى حكم الحاكم وما لا تفتقر وما اختلف فيه، وبيان أبواب الفقه التي يدخلها الحكم استقلالا أو تضمنا.

ورابعها: الفرق بين ألفاظ الحكم التي جرت بها عادة الحكام في التسجيلات في قولهم ليسجل بثبوته، والحكم بصحته، وقولهم: ليسجل بثبوته وصحته، وقولهم: ليسجل بثبوته والحكم بموجبه وبيان الفروق التي بين الحكم بالصحة **والحكم بالموجب**، وبيان ما يجتمع فيه الحكم بالصحة **والحكم بالموجب**، وقولهم: ليسجل بثبوته والحكم بمضمونه، وقولهم: ليسجل بالحكم بثبوته: وقول الحاكم: يثبت عندي قيام البينة بكذا وكذا، أو ثبت عندي الإقرار، وقولهم: ليسجل بثبوته والحكم بما قامت به البينة، وقولهم: ليسجل بالحكم بما ثبت عنده، وقولهم: ليسجل بثبوته والحكم به، وبيان ما يدل عليه اختلاف هذه التسجيلات.

وخامسها: الفرق بين الثبوت والحكم.

وسادسها: في معنى تنفيذ القاضي حكم نفسه وتنفيذ حكم غيره وما يمتنع تنفيذه.

وسابعها: فيما يدل على الحكم من قول أو فعل، وبيان انقسام الحكم إلى كونه تارة يكون خبرا." [١]

"أشياء: أهلية التصرف وصحة صيغته، وكون تصرفه في محله، ولذلك اشترط فيه ثبوت الملك والحيازة، **والحكم بالموجب** يستدعي شيئين، وهما: أهلية التصرف وصحة صيغته، فيحكم بموجبها وهو مقتضاها، ومعناه أنه إن كان مالكا صح الحكم؛ لأن مقتضاها وموجبها ذلك، وكأنه حكم بصحة تلك الصيغة الصادرة من ذلك الشخص فلا يتطرق إليه نقض من ذلك الوجه.

قال: ولذلك أقول: ليس حاكم آخر يرى خلاف ذلك نقضه، ولا ينقض إلا أن يتبين عدم الملك، فيكون نقضه كنقض الحكم بالصحة.

تنبيه: وإنما جاز **الحكم بالموجب** مع عدم ثبوت الملك؛ لأنه قد يعسر إثبات الملك، قال: لم نجد هذه اللفظة وهي **الحكم بالموجب** في شيء من كتب المذاهب، إلا في كتاب أصحابنا.

---

(١) تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام ابن فرحون ١/٤

وقد تعرض الشيخ العلامة سراج الدين البلقيني لبيان حد اللفظة فقال ما ملخصه: **الحكم بالموجب** هو قضاء المتولي بأمر ثبت عنده بالإلزام بما يترتب على ذلك الأمر خاصا أو عاما على الوجه المعتبر عنده في ذلك شرعا، فذكر القضاء يخرج به الثبوت، فإنه ليس بحكم على الأصح كما سيأتي إن شاء الله – تعالى –. ويفهم من قوله " المتولي " الإمام ونوابه الذين لهم ذلك على ما تقدم بيانه في حد الحكم بالصحة، ويجري في قوله " ثبت عنده " ما تقدم في حد الصحة في معنى ذلك وقوله " بالإلزام " إلى آخره يعني بالإلزام بذلك الأمر الذي ثبت عنده وهو صدور الصيغة في ذلك، فالحكم يتوجه إلى الإلزام بذلك الشيء الخاص لا مطلقا كما تقدم بيانه في كلام الشيخ تقي الدين. ومن ها هنا يظهر بين الحكم بالصحة **والحكم بالموجب** فروق.

الأول: أن الحكم بالصحة منصب إلى نفاذ العقد الصادر من بيع أو وقف ونحوهما، **والحكم بالموجب** منصب إلى ثبوت صدور ذلك الشيء والحكم على من صدر منه بموجب ما صدر منه، ولا يستدعي ثبوت أنه مالك مثلا إلى حين البيع أو الوقوف، ولا بقية ما تقدم فيما يعتبر في الحكم بالصحة، وهذا بالنسبة إلى البائع أو الواقف، إذا حكم عليه القاضي بموجب ما صدر منه، وهذا غير سالم من الاعتراض وسيأتي ما يرد عليه.." (١)

"الثاني: أن العقد الصادر إذا كان صحيحا باتفاق ووقع الخلاف في موجبه فالحكم بالصحة فيه لا يمنع من العمل بموجبه عند غير الذي حكم بالصحة، ولو حكم فيه الأول بالموجب امتنع العمل بموجبه عند الحاكم الثاني، مثال ذلك التدبير صحيح باتفاق، وموجبه إذا كان تدبيرا مطلقا عند الحنفية منع البيع، فلو حكم حنفي بصحة التدبير المذكور لم يكن مانعا من بيعه عند من يرى صحة بيع المدبر، ولو حكم الحنفي بموجب التدبير امتنع البيع إلا عند من يرى نقض الحكم المذكور لمخالفته السنة الصحيحة، وهذا النقض حينئذ لمدرك آخر.

الثالث أن كل دعوة كان المطلوب فيها إلزام المدعى عليه بما أقر به أو قامت به عليه البينة، فإن الحكم حينئذ فيها بالإلزام هو **الحكم بالموجب**، ولا يكون بالصحة، ولكن يتضمن **الحكم بالموجب** الحكم بصحة الإقرار ونحوه.

الرابع: أن الحكم على الزاني بموجب زناه وعلى السارق بموجب سرقته، فإنه يدخله **الحكم بالموجب**، ولا يدخله الحكم بالصحة، وكذا الحكم بحبس المديان حكم بالموجب، ولا يدخله الحكم بصحة الحبس، إلا إذا كان مختلفا فيه، وطلب فيه الحكم بالصحة بطريقه، فإنه يحكم حينئذ بالصحة، ويكون **الحكم بالموجب** والحال ما ذكر متضمنا للحكم بصحة الحبس المختلف فيه، وهذا ضابط ينبغي التنبيه له.

الخامس: أن الحكم بتنفيذ الحكم المختلف فيه يكون بالصحة عند الموافق، وكذا عند المخالف الذي يجيز التنفيذ في المختلف فيه، فالحكم بموجب الحكم المختلف فيه يكون حكما بالإلزام بالحكم المختلف فيه، فيكون حكما بالإلزام بذلك الشيء المحكوم به، فيجوز من الموافق، ولا يجوز من المخالف؛ لأنه ابتداء حكم بذلك الشيء من غير تعرض للحكم الأول في هذا الحكم الثاني، وذلك لا يجوز عند المخالف.

---

(١) تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام ابن فرحون ١١٩/١

تنبيه. قوله: لأنه ابتداء حكم مخالف لما قاله القرافي؛ لأن التنفيذ عنده ليس هو إنشاء حكم إلا أن ينشئ فيه حكما وسيأتي ما ذكره في ذلك.." (١)

"ليس بصحيح ومعتقده أنه يستقر به عقد البيع كما جزم به الإمام وغيره، وهو أحد الوجهين، كان الحكم بموجب القبض حينئذ مقتضاه استقرار البيع بهذا القبض.

التاسع: أن **الحكم بالموجب** يتضمن أشياء لا يتضمنها الحكم بالصحة، فمنها الحكم بإلزامه بمجرد العقد إذا صدر الحكم بذلك، وبيانه أن المالكي والحنفي إذا حكما بصحة البيع أعني بمجرد عقد البيع لم يمنع ذلك إثبات خيار المجلس، ولا فسخ المتعاقدين أو أحدهما بسبب ذلك الحكم؛ لأن الحكم بالصحة يجامع ذلك، فأما لو حكم المالكي أو الحنفي بموجب البيع، والإلزام بمقتضاه فإنه على الحاكم الشافعي تمكين المتعاقدين أو أحدهما من الفسخ لخيار المجلس، وليس للمتعاقدين، ولا لأحدهما الانفراد بذلك؛ لأن ذلك يؤدي إلى نقض حكم الحاكم في المحل الذي حكم به وهو الإيجاب، وهذا إذا لم ينظر إلى نقض القضاء بنفي خيار المجلس فإن نظرنا إلى ذلك فذلك لمدرك آخر.

ومنها القرض فإنه يدخله الحكم بالصحة إذا وجد مقتضيها ويدخله **الحكم بالموجب** فينظر فيه حينئذ إلى عقيدة الحاكم في حكمه بالموجب فإن كان من عقيدته أن القرض يملك بالقبض كما تقوله المالكية فإنه لا يرجع المقرض فيما أقرضه، فإن الحاكم قد حكم بصحة القرض لم يمتنع على المقرض الرجوع في القرض عند حاكم يرى الرجوع فيه، إذ هو فرض صحيح، ويصح الرجوع فيه فلا ينافي الحكم بالصحة القيام بالرجوع في القرض، وإن حكم بالموجب والإلزام بمقتضى مذهبه امتنع على المقرض الرجوع في العين المقرضة الباقية عند المقترض؛ لأن موجب القرض عند الحاكم المذكور امتناع الرجوع.

ومنها: الرهن فإنه يدخله الحكم بالصحة **والحكم بالموجب**، والحكم فيه بالصحة لا يمنع المخالف في الآثار من العمل بأثره على عقيدته فإنه لا يناقض شيئا من الحكم بالصحة كما تقدم في المسألة الأولى. وإن صدر فيه **الحكم بالموجب**، والإلزام بمقتضاه نظر إلى المختلف فيه، فإن كان من موجبه عند الحاكم المذكور الإلزام امتنع على المخالف العمل بما يخالف عقيدة الحاكم المذكور. ومثاله لو حكم شافعي بصحة الرهن وحصل فيه إعادته إلى الراهن لم يكن ذلك مانعا لمن يرى فسخ الرهن بالعود إلى الراهن على وجه مخصوص، وهو أن يعيده اختيارا أو يفوت الحق فيه." (٢)

"بإعتاق الراهن مثلا وقيام الغرماء عليه، أو إذن المرتهن للراهن في الوطء أن يفسخه؛ لأن الحكم بالصحة ليس منافيا للفسخ بما ذكر، بخلاف ما لو حكم شافعي بموجب الرهن عنده، والإلزام بمقتضاه فإنه يمتنع على الحاكم المالكي أن يفسخه بما سبق ذكره؛ لأن موجبه عند الحاكم الشافعي دوام الحق فيه للمرتهن مع العود مطلقا، فالحكم بالفسخ لأجل العود المذكور مناف لحكم الشافعي بموجبه عنده – والله تعالى أعلم –. فهذه الفروق التسعة مع الفرق الأول، وهو العاشر يحصل بها التمييز بين الحكم بالصحة **والحكم بالموجب**.

---

(١) تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام ابن فرحون ١٢٠/١

(٢) تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام ابن فرحون ١٢٢/١

[فصل في بيان ما يجتمع فيه الحكم بالصحة والحكم بالموجب]

وذلك في أمور: منها أنه لا ينقض الحكم بواحد منها إذا صدرا في مجال الاجتهاد التي لا ينقض الحكم فيها، وإنما استويا في ذلك لتضمن الحكم بالموجب الحكم بالصحة، إما عاما عند استيفاء الشروط أو خاصا بالنسبة إلى المحكوم عليه بذلك، فكما لا يرد النقض على الحاكم بالصحة لا يرد على ما يتضمنها إذا أجزناه، فأما إذا قلنا: لا يجوز الحكم بالموجب مع عدم استيفاء الشروط فيكون الحكم قد وقع مختلا، والحكم المختلف فيه غير الحكم بأمر مختلف فيه، فيسوغ لمن لا يرى الحكم بذلك أن ينقضه إلا إذا حكم حاكم قبله بصحة الحكم الصادر بالموجب، وكان الحاكم ممن يرى تسويغ الحكم بالموجب على الوجه المذكور، فإنه حينئذ لا ينقض

ومنها: أنه إذا رفع للقاضي كتاب حكم يسوغ تنفيذه عند نفذه قربت المسافة بينه وبين الحكم فيه أو بعدت، سواء كان ذلك الحكم بالصحة أو بالموجب، بخلاف كتاب سماع البينة فإنه لا يقبله إلا إذا كانت المسافة بينه وبين سامع البينة بحيث تقبل في مثلها الشهادة على الشهادة. ومنهم من أجاز إمضاء ذلك أيضا بناء على أنه حكم بقيام البينة، ورجحه الإمام الغزالي من الشافعية، والأول هو المشهور وهو مذهب مالك، يعني اشتراط المسافة المذكورة، وذلك مذكور في باب الشهادة على الشهادة.

ومنها تقديم الشهود الراجعين بعد الحكم بالصحة أو بالموجب في المواضع التي يثبت فيها تغريمهم.." [1]

"ومنها أنه لو حكم حاكم يرى جواز إخراج القيمة في الزكاة بصحة الإخراج أو بموجب الإخراج عنده، وهو سقوط الفرض بذلك كانا سواء في ذلك، وليس للساعي أن يطلب المالك بإخراج الواجب عنده إذا كان ذلك مخالفا لمذهبه.

ومنها: إذا ترافع الولي الوارث والوصي إلى حكم يرى صحة الصوم عن الميت فطلب الوصي أن يخرج الطعام وامتنع الوارث وصام عن الميت فحكم الحاكم بصحة الصوم أو بموجبه، فإنه ليس للوصي مطالبة الوارث.

تنبيه: إذا كان الحكم بالموجب مستوفيا لما يعتبر في الحكم بالصحة كان أقوى؛ لوجود الإلزام فيه وتضمنه الحكم بالصحة.

[فصل قد يتضمن الحكم بالموجب والحكم بالصحة]

مثال ذلك: إذا شهدت عنده الشهود بأن هذا وقف وذكروا المصرف على وجه معين فحكم القاضي بموجب شهادتهم، كان ذلك الحكم متضمنا للحكم بالصحة والحكم بالموجب.

تنبيه: قال الشيخ سراج الدين واعلم أن الذي تقدم في الحكم بالموجب من أنه لا يقتضي استيفاء الشروط المعتبرة في الحكم بالصحة، وأنه الذي جرى به عمل القضاة يخالف ما نص عليه الإمام الشافعي وما نص عليه المالكية أيضا في القسمة، وهو أنه إذا كان بأيدي جماعة أرض أو غيرها فجاءوا إلى الحاكم وطلبوا منه القسمة ولم يثبتوا أنها ملكهم فإن الواجب على القاضي أن لا يجيبهم، ويقول لهم إن شئتم فاقسموا بين أنفسكم أو يقسم بينكم من ترضون، وإن شئتم قسمي فأقيموا البينة على أصول حقوقكم منها، وذلك أني إن قسمت بلا بينة وجئتم بشهود يشهدون أني قسمت بينكم هذه الدار إلى قاض

---

(١) تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام ابن فرحون ١٢٣/١

غيري كان ذلك سببا لأن يجعل ذلك حكما مني لكم بها، ولعلها لغيركم ليس لكم منها شيء، فلا يقسم الحاكم إلا ببينة، وهذا النص للمالكية كما ذكره الشيخ سراج الدين، قال: وقيل يقسم القاضي بينهم ويشهد أنه قسم على إقرارهم.
تنبيه: وعلى هذا فلا يجوز للحاكم المالكي أن يحكم بالموجب إلا بعد أن يستوفي الشروط المطلوبة في الحكم بالصحة، هكذا قال الشيخ سراج الدين،." (١)

"قال: وعلى هذا فمن أحضر كتاب وقف أو بيع وأثبت صدوره ولم يثبت عند الحاكم ما يقتضي الحكم بصحته فلا يجوز للقاضي أن يجيبه إلى الحكم بصحته ولا بموجبه، لأن الواقف قد يأتي مثلا بشهود يشهدون عند حاكم آخر أن الحاكم الأول حكم بموجب هذا الوقف فيجعله الحاكم الثاني حكما من الأول بنفاذ الوقف، ولعله لغير الواقف، فعلى هذا لا يجيبه إلى الحكم بموجبه إلا ببينة يشهدون أنه ملكه حين الوقف، قال: وهذا مذهب مالك ويزيدون: الحيازة، على ما هو مبسوط في محله، وما ذكره صحيح، فينبغي التنبيه له، وهذا هو الاعتراض الوارد على الفرق الأول من الفروق العشرة، قال: وهذا عند الحاكم فيما يثبته من صدور وقف أو بيع، وأما الشهادة عند الحاكم بصيغة المصدر أو بصيغة اسم المفعول كقول الشهود نشهد أن هذا وقف أو هذا مبيع من فلان أو هذه منكوحة فلان، فإن الحاكم يحكم بموجب شهادتهم، ويكون ذلك متضمنا للحكم بصحة الوقف ونحوه، فليعرف الفقيه الفرق بين الشهادة بالمصدر أو باسم المفعول وليقس على ذلك. اهـ.
وعلى هذا فينبغي أن يكتب في الأمر بالتسجيل ليسجل بثبوته والحكم بموجب ما قامت به البينة، والله – سبحانه – أعلم.
تنبيه: ولم أقف للمالكية على هذه التفرقة، وظاهر قواعدهم عدم اعتبارها، وذكر الشيخ تقي الدين عن المالكية ما ذكرته قبل، واستبعده، فقال: قال المالكية: ليس للقاضي أن يحكم حتى يثبت عنده الملك والحيازة، يريد إلى حين صدور الوقف، قال: وهذا بعيد وفيه تعطيل للحقوق، واليد يكتفى بها في المعاملات.

[فصل في الحكم بمضمون هذه اللفظة]

ذكرها الشيخ تقي الدين استطرادا في كلامه في **الحكم بالموجب** فقال: وقد عرض في هذه الأزمنة بحث في **الحكم بالموجب** وشغف به جماعة ممن، لقيناهم وعاصرناهم وبحثنا معهم من أصحابنا، وهو أن الموجب عندهم أمر مبهم يحتمل أن يكون الصحة ويحتمل أن يكون غيرها، وحكم القاضي ينبغي أن يعين، فإذا لم يعين فلا يصح ولا يرفع الخلاف، ولا يمنع الحكم من قاض يرى خلاف ذلك، ونقضوا بهذا أوقافا كثيرة وأحكاما كثيرة،." (٢)

". . . . .

الكتاب، وقد يكون صحيحا مجمعا عليه، وقد يكون فاسدا مجمعا عليه، وقد يكون مختلفا فيه.

---

(١) تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام ابن فرحون ١٢٤/١

(٢) تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام ابن فرحون ١٢٥/١

وقد يقع في ألفاظ الحكام: الحكم بما قامت به البينة، فـ (ما) إن كانت مصدرية .. فهو كقوله: بقيام البينة، وإن كانت موصولة– وهو الظاهر– فهي كإثبات جريان العقود المحكوم بها، فالقاضي تارة يقتصر على الثبوت، وتارة يضيفه إلى الأحكام كقوله: ثبت عندي أن هذه الدار وقف، أو ملك فلان، أو أن هذه المرأة زوجة فلان، فهذا مثل الحكم لا يمكن التعرض لنقضه، إلا أن يتحقق أن مستنده جريان عقد مختلف فيه كقول الحنفي: ثبت عندي أن هذه زوجة فلان زوجته نفسها ونحو ذلك، فإن قلنا: الثبوت حكم .. امتنع على غيره إبطاله، وإن قلنا: ليس بحكم .. لم يمتنع.

وأما إذا حكم بصحة العقد .. فهذه أعلى درجات الحكم، فلا سبيل إلى نقضه باجتهاد مثله، فإذا كان في محل مختلف فيه اختلافا قريبا .. لم ينقض فيه قضاء القاضي، وكثيرا ما يكتب: ليسجل بثبوته وصحته، فيحتمل عود الضمير على الثبوت، فيراجع فيه، فإن عسرت المراجعة .. حمل على الحكم؛ لصحة التصرف، كما لو صرح به لأنه المتعارف.

ومعنى صحته: كونه بحيث تترتب آثاره عليه، ومعنى حكم القاضي بذلك: إلزامه لكل أحد.

فإذا كان في محل مختلف فيه .. نفذ وصار كالمجمع عليه، ومن شرط هذا الحكم: ثبوت ملك المالك، وحيازته، وأهليته، وصحة صيغته في مذهب القاضي.

وأما **الحكم بالموجب** .. فهو أحط رتبة من الحكم بالصحة؛ فإن الحكم بالصحة يستدعي ثلاثة أشياء: أهلية التصرف، وصحة الصيغة، وأن التصرف في محله، ولذلك اشترط فيه ثبوت الملك والحيازة، **والحكم بالموجب** يستدعي شيئين: أهلية التصرف، وصحة الصيغة فيحكم بموجبهما.." (١)

". . . . .

ومعناه: أنه إن كان مالكا .. صح، فكأنه حكم بصحة تلك الصيغة الصادرة من ذلك الشخص، وهذا نافع في الصور المختلف فيها، فإذا وقف على نفسه فحكم حاكم بموجب ذلك .. كان حكما منه بأن الواقف من أهل التصرف، وأن صيغته هذه صحيحة حتى لا يحكم بعده ببطلانها من يرى الإبطال، وليس حكما بصحة وقفه، وذلك لتوقفه على كونه مالكا لما وقفه ولم يثبت، فإذا ثبت حكم حينئذ بصحة الوقف، والرافع للخلاف الحكم بصحة الصيغة؛ لأنه المختلف فيه.

وإنما جاز **الحكم بالموجب** مع عدم ثبوت الملك؛ لأنه قد يعسر إثبات الملك وهذه اللفظة– وهي **الحكم بالموجب**– لا توجد في شيء من كتب المذاهب إلا في كتب أصحابنا.

فإن قيل: الموجب أمر مبهم يحتمل ان يكون الصحة، ويحتمل أن يكون غيرها، وحكم القاضي إذا لم يعين .. لم يصح، فلا يرفع الخلاف.

ولا يمنع الحكم من قاض يرى خلاف ذلك، ويدل لذلك، ما نقله الرافعي عن أبي سعد الهروي– ومال عليه–: أن ما يكتب على ظهور الكتب الحكمية وهو: صح ورود هذا الكتاب علي فقبلته قبول مثله وألزمت العمل بموجبه .. ليس بحكم؛ لاحتمال أن المراد تصحيح الكتاب وإثبات الحجة.

---

(١) النجم الوهاج في شرح المنهاج الدَّمِيري ١٠/٢٣٠

فالجواب: أنا إذا أعدنا الضمير على الكتاب .. صح ما قالاه؛ لأن مضمون الكتاب وموجبه صدور ما تضمنه من إقرار، وأنه ليس بزور، فلذلك قال الرافعي: إنه ليس بحكم، وهذا صحيح إذا أريد ذلك أو احتمل، أما إذا حكم بموجب الوقف أو موجب الإقرار .. فليس موجبه إلا كونه وقفا، أو كون المقر به لازما.

وقول من قال: (موجبة يحتمل الصحة والفساد) ممنوع؛ فاللفظ الصحيح موجبه حكمه، واللفظ الفاسد لا يوجب شيئا.

وإذا كان اللفظ يحتمل موجبتين .. وجب على الحاكم أن يبين حكمه، وإبهام ذلك لا يجوز عند القدرة، إلا أن يخشى من ظالم ونحوه كما قاله الرافعي في موضع آخر." (١)

"في كيفية القضاء، ويشتمل على ثمانية أقسام.

القسم الأول: في معرفة تصرفات الحكام وفيه فصول

أولها: في تقريرات الحكام على الوقائع وما هو منها حكم وما ليس بحكم.

وثانيها: في بيان الفرق بين تصرفات الحكام التي هي حكم لا يجوز تعقبها، والتي ليست بحكم ويجوز تعقبها.

وثالثها: في بيان المواضع التي يدخلها الحكم استقلالا لا تضمنا.

ورابعها: الفرق بين ألفاظ الحكم التي جرت بها عادة الحكام في التسجيلات في قولهم (يسجل بثبوته والحكم بصحته) ، وقولهم (يسجل بثبوته والحكم بموجبه) ، وبيان الفروق التي بين الحكم بالصحة **والحكم بالموجب**، وبيان ما يجتمع فيه الحكم بالصحة **والحكم بالموجب**، وقولهم (يسجل بثبوته والحكم بمضمونه) ، وقولهم (يسجل بالحكم بثبوته) ، وقول الحاكم (ثبت عندي قيام البينة بكذا وكذا أو ثبت عندي الإقرار) ، وقولهم (يسجل بثبوته والحكم بما قامت به البينة) ، وقولهم (يسجل بثبوته بما ثبت عنده) ، وقولهم (يسجل بثبوته والحكم به) ، وبيان ما يدل عليه اختلاف هذه التسجيلات.

وخامسها: الفرق بين الثبوت والحكم.

وسادسها: في تنفيذ القاضي حكم نفسه وتنفيذ حكم غيره وما يمتنع تنفيذه.

وسابعها: ما يدل على الحكم من قول أو فعل، وبيان انقسام الحكم إلى كونه تارة يكون خبرا يحتمل الصدق والكذب، وتارة لا يحتمل ذلك.

وثامنها: ذكر تنبيهات في التسجيل وما ينبغي للقاضي أن يمتنع من التسجيل به والإشهاد على نفسه فيه، وما ينبغي أن ينبه عليه في الإسجال.

القسم الثاني: في بيان المدعي من المدعى عليه.

القسم الثالث: في ذكر الدعاوى وأقسامها، وفيه فصول.

الأول: في الدعوى الصحيحة وشروطها، وكيفية تصحيح الدعوى.

الفصل الثاني: في تقسيم الدعاوى إلى سبعة.

الفصل الثالث: في تقسيم المدعى عليهم إلى أربعة أنواع.

---

(١) النجم الوهاج في شرح المنهاج الدَّمِيري ٢٣١/١٠

الفصل الرابع: في تقسيم المدعى لهم، وما يسمع لهم من بيناتهم وما لا يسمع، وهو أنواع.
الفصل الخامس: في التنبيه على أحكام تتوقف سماع الدعوى بها على إثبات فصول.
الفصل السادس: في حكم الوكالة على الدعوى.
القسم الرابع: في حكم الجواب عن الدعوى وأقسامه.
القسم الخامس: في ذكر اليمين وصفتها والتغليظ فيها، وفيمن تتوجه عليه اليمين ومن لا تتوجه، وما لا يستحلف فيه.
القسم السادس: في ذكر البينات، وفيه فصول.
الأول: في تعريف حقيقة البينة وموضعها شرعا.
الفصل الثاني: في أقسام مستند علم الشاهد.
الفصل الثالث: في حد الشهادة وحكمها وحكمتها وما تجب فيه.
الفصل الرابع: في صفات الشاهد وذكر موانع قبول الشهادة.
الفصل الخامس: فيما ينبغي للشهود أن ينتبهوا له في تحمل الشهادة وأدائها وما يحترزون من الوقوع فيه، والأحكام المتعلقة بكاتب الوثائق.
الفصل السادس: فيما ينبغي للقاضي أن يتنبه له في أداء الشهادات عنده، وفي الإشهاد عليه في التسجيلات.
الفصل السابع: في صفة أداء الشهادة وما يجزئ في ذلك وما لا يجزئ من الألفاظ.
وبتمام هذه الفصول انتهى القسم الأول من الكتاب وهو قسم المقدمات.
القسم الثاني من الكتاب في ذكر أنواع البينات وما يقوم مقامها مما تفصل به الأحكام، وهي أحد وخمسون بابا.
الباب الأول: في القضاء بأربعة شهود.
الباب الثاني: في القضاء بشاهدين لا يجزئ غيرهما.
الباب الثالث: في القضاء بشاهدين أو بشاهد وامرأتين.
الباب الرابع: في القضاء بالبينة التامة مع يمين القضاء ويسمى يمين الاستبراء.
الباب الخامس: في القضاء ببينة المدعي بعد فصل القضاء بيمين المدعى عليه.
الباب السادس: في القضاء بقول رجل بانفراده.
الباب السابع: في القضاء بقول امرأة بانفرادها.
الباب الثامن: في القضاء بالنكول عن اليمين وعن حضور مجلس الحاكم، وبيان المواضع التي تجب فيها إجابة دعوة الحاكم وما لا تجب." (١)

"بموجب ذلك عنده فهما متساويان، ولو حكم عليها بالتمكين كان متضمنا للحكم بصحة ما فعله الزوج وهو نفس الموجب.

---

(١) معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام علاء الدين الطرابلسي ص/٥

وأما الأضحية: فهي عبادة لا يدخلها الحكم استقلالا، وقد يدخلها بطريق التضمن في التعليق كما تقدم.
وأما الصيد: فيدخله الحكم استقلالا، فإذا تنازع اثنان في صيد وترافعا إلى الحاكم وتصادقا على فعلين صدرا منهما على الترتيب مثلا أو قامت البينة على ذلك وكان مقتضى مذهب الحاكم أنه للأول أو للثاني فحكم له بأنه المالك كان ذلك حكما مستقلا صحيحا، وإنما دخل الحكم في ذلك؛ لأنه يقتضي الملك، وجميع وجوه الملك يدخلها الحكم.
وأما الذبائح: فيدخلها الحكم من جهة التقصير المقتضي للتغريم.
وكذا دفع الأجرة لو قامت البينة بأنه ذبح صحيح فإنه يحكم له باستحقاق الأجرة.
وكذا لو باع صاحب الذبيحة الذبيحة لشخص ثم ترافعا إلى حاكم وادعى المشتري أنها حرام لأمر ادعاه وظهر للحاكم ذلك بإقرار أو بينة وحكم على البائع برد الثمن كان ذلك حكما منه بتحريم الذبيحة.
وكذا إذا ثبت التقصير في الذبح وحكم بالغرم كان ذلك متضمنا للحكم بحرمة الذبيحة وأما الأطعمة: فيدخلها الحكم استقلالا.
مثاله: إذا نزلت برجل مخمصة ووجد مع رجل طعاما فامتنع من إطعامه ومن مساومته فإن له أن يقاتله فإن مات الجائع وجب القصاص عند من يراه وإن أخذه الجائع قهرا فعليه قيمته وأما النكاح وتوابعه: فدخول الحكم بالصحة والموجب فيهما واضح.
وكذا سائر المعاملات من البيع والقرض والرهن والإجارة والمساقاة والقسمة والشفعة والعارية الوديعة والحبس والوكالة والحوالة والحمالة والضمان وغير ذلك من أبواب المعاملات كلها يدخلها الحكم بالصحة **والحكم بالموجب**، فلا نطول بالتمثيل.

[فصل الفرق بين ألفاظ الحكم المتداولة في التسجيلات]
(فصل) :
في الفرق بين ألفاظ الحكم المتداولة في التسجيلات وهي مراتب في القوة والضعف، فأعلاها " ليسجل بثبوته والحكم بصحته أعني: بصحة ذلك العقد وقفا كان أو بيعا أو غيرها.
قال البلقيني في حد الحكم بالصحة: هو عبارة عن قضاء من له ذلك في أمر قابل لقضائه ثبت عنده وجوده بشرائطه الممكن ثبوتها أن ذلك الأمر صدر من أهله في محله على وجهه المعتبر عنده في ذلك شرعا، فقولنا عن قضاء يخرج الثبوت فليس بحكم في قول، وسيأتي الكلام عليه.
وقولنا " من له ذلك " يدخل فيه الإمام ونوابه الذين لهم ذلك، والذي لم يبلغه خبر العزل، وحاكم أهل البغي إذا لم يستحل دماء أهل العدل، والكافر حاكم الكفرة والمحكم.
وقولنا " قابل لقضائه " يخرج به ما لا يقبل القضاء من عبادة مجردة، وما لم يكن منه إلزام كالحكم على المعسر، وينجر ذلك إلى الحكم بالدين المؤجل والتدبير والاستيلاد وما قبل القضاء، ولكن لا يقبل الإلزام.
وقولنا " ثبت عنده وجوده " يعم الثبوت بالبينة الكاملة وبالشاهد واليمين عند قوم، وبالإقرار وبعلم القاضي عند الحنفية والشافعية وباليمين المردودة بعد النكول عند المالكية وعند الشافعية، أو ما ينزل منزلة ذلك مما سيأتي ذكره – إن شاء الله

تعالى – ويفهم من قوله " وجوده " أن العدم لا يتوجه الحكم إليه.
وقوله " بشرائطه الممكن ثبوتها " يفهم منه أن جميع الشروط لا يعتبر أن تثبت في الحكم بالصحة، فإن من جملة الشروط في البيع مثلا أن يكون المبيع مقدورا على تسليمه فلا يصح بيع المرهون ويقف على إجازة المرتهن، ولا يصح بيع المكاتب والجاني جناية توجب أرشا متعلقا برقبته، ولا يصح وقف شيء من ذلك ولا هبته، ولا يكلف أحد انتفاء ذلك في الحكم بصحة البيع ولا في الحكم بموجبه؛ لأن انتفاء غير المحصور متعذر.
وإنما طلب ذلك في أن لا وارث للميت سوى القائم من أجل ظهور استحقاق من شهد له بذلك وهو الوارث؛ لأن هذه موانع والأصل عدمها، والذي يعتمد غالبا في التسجيلات بالحكم بالصحة في الوقف." (١)
"ونحوه إثبات الملك والحيازة، واكتفوا بشهرة بلوغ من صدر منه ورشده.
فإن قيل: فإنا نرى الحكام في عقود الأنكحة يطلبون الشهادة بخلو الزوجة من موانع النكاح من زوج وعدة ونحوها، فهلا طلبوا الشهادة على خلو البيع من رهن وجناية؟ قلنا: سببها الاحتياط في الأبضاع، وأيضا فإن التزويج لو وقع كان مشهورا غالبا، فطلبنا الشهادة بعدمه لإمكان الاطلاع عليه، بخلاف الرهن ونحوه.
وقولنا: إن ذلك صدر من أهله في محله هذا هو محط الحكم بالصحة.
قال السبكي: فإذا تقرر أن الحكم بالصحة أعلى درجات الحكم فمن شرط هذا الحكم ثبوت ملك المالك وحيازته وأهليته وصحة صيغته في مذهب القاضي، يريد إن كان شافعيا، وصحة الصيغة عند المالكية إنما تشترط في موانع معدودة، فإذا وقع الحكم بالصحة وصرح بصحة ذلك أعني: ما تقدم في أول الفصل في قوله أعني بصحة ذلك العقد وقفا كان أو بيعا، فلا سبيل إلى نقضه باجتهاد مثله إن كان في محل مختلف فيه اختلافا قريبا لا ينقض فيه قضاء القاضي، ولم يتبين بناؤه على سبب باطل، وقد يعرض لهذه اللفظة أعني: " الحكم بالصحة " الفساد من جهة تبين عدم الملك أو شرط آخر فلا ينافي ذلك ما قصده، فإذا تبين بطلان الحكم لفوات محله نقضه ذلك القاضي نفسه أو غيره؛ لأن الخلل الذي ظهر تبين أنه في محل الحكم لا في الحكم.
ومن الألفاظ المتعارفة في التسجيل ليسجل بثبوته وصحته قال الشيخ تقي الدين: كثيرا ما يكتب هذه اللفظة في التسجيلات، فيحمل عود الضمير في صحته على الثبوت فيراجع فيه الحاكم ولا يكون صريحا، فإن عسرت المراجعة فهو محمول على الحكم بصحة التصرف كما لو صرح به؛ لأنه المتعارف، ومعنى صحته كونه بحيث تترتب آثاره عليه، ومعنى حكم القاضي بذلك إلزامه لكل أحد، فإذا كان في محل مختلف فيه نفذ وصار في حكم الظاهر كالمجمع عليه، ومن شرط هذا الحكم ثبوت الملك والحيازة وأهلية التصرف كما تقدم في اللفظ الأول وصحة الصيغة على ما تقدم بيانه، فكل ما كان مختلفا فيه وعرفه القاضي وحكم به مع علمه بالخلاف ارتفع أثر ذلك الخلاف بالنسبة إلى الواقعة فهي صحة مطلقة في نفس الأمر بحسب ما ذكر من رفع الخلاف وقد يعرض لها الفساد.
ومن ألفاظ الحكم: ليسجل بثبوته والحكم بموجبه، وهذا من الألفاظ المتعارفة التي غلبت في هذا الزمان، وهذه اللفظة أحط

---

(١) معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام علاء الدين الطرابلسي ص/٤٣

رتبة من الحكم بالصحة؛ لأن الحكم بالصحة يستدعي ثلاثة أشياء: أهلية التصرف، وصحة صيغته، وكون تصرفه في محله، ولذلك اشترط فيه ثبوت الملك والحيازة.

والحكم بالموجب يستدعي شيئين وهما: أهلية التصرف، وصحة صيغته، فيحكم بموجبها وهو مقتضاها؛ لأن مقتضاها وموجبها ذلك.

وكأنه حكم بصحة تلك الصيغة الصادرة من ذلك الشخص فلا يتطرق إليه نقض من ذلك الوجه، وليس لحاكم آخر يرى خلاف ذلك نقضه، ولا ينقض إلا أن يتبين عدم الملك فيكون نقضه كنقض الحكم بالصحة.

(تنبيه) :

وإنما جاز **الحكم بالموجب** مع عدم ثبوت الملك لأنه قد يعسر إثبات الملك.

قال تقي الدين السبكي: ولم نجد هذه اللفظة " وهي **الحكم بالموجب** " في شيء من كتب المذاهب إلا في كتب أصحابنا، وقد تعرض الشيخ العلامة سراج الدين البلقيني لبيان حد هذه اللفظة فقال ما ملخصه: **الحكم بالموجب** هو قضاء المتولي بأمر ثبت عنده بالإلزام بما يترتب على ذلك الأمر خاصا أو عاما على الوجه المعتبر عنده في ذلك شرعا، فذكر القضاء يخرج به الثبوت، فإنه ليس بحكم عند بعض أئمتنا الحنفية كما سيأتي.

ويفهم من قولنا المتولي الإمام ونوابه الذين لهم ذلك على ما تقدم بيانه في حد الحكم بالصحة، ويجري في قوله ثبت عنده ما تقدم في حد الحكم بالصحة في معنى ذلك.

وقوله بالإلزام إلى آخره: يعني بالإلزام بذلك الأمر الذي ثبت عنده وهو صدور الصيغة في ذلك، فالحكم يتوجه إلى الإلزام بذلك الشيء الخاص لا مطلقا كما تقدم بيانه.." (١)

"ومن ها هنا يظهر بين الحكم بالصحة **والحكم بالموجب** فروق.

الأول: أن الحكم بالصحة منصب إلى نفاذ العقد الصادر من بيع أو وقف بموجب ما صدر منه، ولا يستدعي ثبوت أنه مالك مثلا إلى حين البيع أو الوقف ولا بقية ما تقدم فيما يعتبر في الحكم بالصحة، وهذا بالنسبة إلى البائع أو الواقف إذا حكم عليه القاضي بموجب ما صدر منه، وهذا غير سالم من الاعتراض، وسيأتي ما يرد عليه.

الثاني أن العقد الصادر إذا كان صحيحا باتفاق ووقع الخلاف في موجبه فالحكم بالصحة فيه لا يمنع من العمل بموجبه عند الذي حكم بالصحة، ولو حكم فيه الأول بالموجب امتنع العمل بموجبه عند الحاكم الثاني، مثال ذلك: التدبير صحيح باتفاق.

وموجبه إذا كان تدبيرا مطلقا عند الحنفية منع البيع، فلو حكم حنفي بصحة التدبير المذكور لم يكن ذلك مانعا من بيعه عند من يرى صحة بيع المدبر.

ولو حكم الحنفي بموجب التدبير امتنع البيع إلا عند من يرى نقض الحكم المذكور لمخالفته السنة الصحيحة، وهذا النقض حرام لمدرك آخر.

---

(١) معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام علاء الدين الطرابلسي ص/٤٤

الثالث: أن كل دعوى كان المطلوب فيها إلزام المدعى عليه بما أقر به أو قامت به البينة فإن الحكم حينئذ فيها بالإلزام هو **الحكم بالموجب** ولا يكون بالصحة، ولكن يتضمن **الحكم بالموجب** الحكم بصحة الإقرار، وكذا الحكم بحبس المديان حكم بالموجب ولا يدخله الحكم بالصحة.

الرابع: أن الحكم على الزاني بموجب زناه وعلى السارق بموجب سرقته، فإنه يدخله **الحكم بالموجب** ولا يدخله الحكم بالصحة، ونحوه الحبس، إلا إذا كان مختلفا فيه وطلب فيه الحكم بالصحة بطريقه فإنه يحكم حينئذ بالصحة ويكون **الحكم بالموجب**، والحال ما ذكرنا متضمنا للحكم بصحة الحبس المختلف فيه، وهذا ضابط ينبغي التنبه له.

الخامس: أن الحكم بتنفيذ الحكم المختلف فيه يكون بالصحة عند الموافق، وكذلك عند المخالف الذي يجيز التنفيذ في المختلف فيه، فالحكم بموجب الحكم المختلف فيه يكون حكما بالإلزام بالمختلف فيه فيكون حكما بالإلزام بذلك الشيء المحكوم فيه، فيجوز ذلك من الموافق ولا يجوز من المخالف؛ لأنه ابتداء حكم بذلك الشيء من غير تعرض للحكم الأول في هذا الحكم الثاني، وذلك لا يجوز عند المخالف.

(تنبيه) :

قوله " لأنه ابتداء حكم " مخالف لما قاله بعضهم؛ لأن التنفيذ عنده ليس هو إنشاء حكم إلا أن ينشئ فيه حكما، وسيأتي ما ذكره في ذلك.

السادس: لو ترافع متبايعان إلى حاكم شافعي وتنازعا على وجه يقتضي التحالف فحكم بتحالفهما كان منه حكما بالإلزام لا بصحة التحالف، والتحالف قبل وقوعه لا يحكم بصحته، وكذا كل يمين وإلزام فيما لا يقع؛ لأنه لا يحكم فيه بالإلزام وهو موجب الحجة القائمة ولا يحكم فيه بالصحة.

السابع: لو حكم حنفي بموجب البيع بعد ثبوت ملك البائع وأنه من أهل التصرف لم يكن ذلك حكما بصحة البيع.

ولكن يكون بعد قبض المشتري حكما له بالملك؛ لأن موجب البيع الفاسد عنده بعد القبض حصول الملك على ما هو مقرر فيما يفوت به البيع، وعلى هذا فلو عرف الحاكم فساد البيع وحصول قبض المشتري أو فساد البيع وفات المبيع بيده وطلب المشتري من القاضي الحكم بالملك أو بموجب ما جرى فإنه يحكم له بذلك: أعني بالموجب، ولا يحكم له بالصحة أعني: صحة البيع، ولا يصح القبض؛ لأنه لم يقع في الأصل قبضا صحيحا.." (١)

"الثامن: يتصور الفرق بينهما في بعض صور القبض عند الشافعية وفي قبض اختلف في صحته وفساده، كما إذا أذن البائع للمشتري أن يكيل ما اشتراه مكيلا ففعل، فإن في صحة القبض وجهين عند الشافعية، أصحهما أنه لا يصح. قال الشيخ سراج الدين البلقيني: فلو اشترى قمحا مثلا وشرط فيه الكيل وكان البائع قد اشتراه مكيلا وهو في مكيال البائع فهل يغني ذلك عن التجديد؟ فيه وجهان.

رجح جمع من الأصحاب أنه يكتفي به، وظاهر نص الشافعي عدم الاكتفاء حتى يجري فيه الصاعان، وهو مذهب أبي حنيفة – رضي الله عنه –، نص عليه في الجامع والمحيط، ومذهب مالك جواز ذلك ذكره اللخمي في التبصرة في السلم

---

(١) معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام علاء الدين الطرابلسي ص/٤٥

الثاني.

فإذا فرعنا على مذهب الشافعي وارتفعت قضية من هاتين أعني هذه المسألة والتي قبلها لحاكم شافعي مثلا فحكم بصحة تصرف المشتري التصرف الذي لا يصح العقد فيه إلا بعد صحة القبض، فإن ذلك يتضمن الحكم بصحة القبض، ولو حكم بصحة القبض بطريقه صح، ولو حكم بموجب القبض على مذهب الشافعي خلافا للمالكية قال: إلا أن يبين الحاكم عقيدته في القبض ويقول: حكمت بموجب القبض في ذلك على موجب معتقدي، فلو كان معتقد الحاكم أن القبض ليس بصحيح ومعتقده أنه يستقر به عقد البيع كما جزم به الإمام الشافعي وغيره وهو أحد الوجهين كان الحكم بموجب القبض حينئذ مقتضاه استقرار البيع بهذا القبض.

التاسع: أن **الحكم بالموجب** يتضمن أشياء لا يتضمنها الحكم بالصحة.

فمنها: الحكم بإلزامه بمجرد العقد إذا صدر الحكم بذلك.

وبيانه أن الحنفي والمالكي إذا حكما بصحة البيع أعني بمجرد عقد البيع لم يمنع ذلك إثبات خيار المجلس ولا فسخ المتعاقدين أو أحدهما بسبب ذلك الحكم؛ لأن الحكم بالصحة يجامع ذلك.

فأما لو حكم الحنفي أو المالكي بموجب البيع والإلزام بمقتضاه فإنه يمتنع على الحاكم الشافعي تمكين المتعاقدين أو أحدهما من الفسخ بخيار المجلس، وليس للمتعاقدين ولا لأحدهما الانفراد بذلك؛ لأن ذلك يؤدي إلى نقض حكم الحاكم في المحل الذي حكم به وهو الإيجاب، وهذا إذا لم ينظر إلى أن بعض القضاة ينفي خيار المجلس، فإذا نظرنا إلى ذلك فذاك لمدرك آخر.

ومنها: القرض فإنه يدخله الحكم بالصحة إذا وجد مقتضيها، ويدخله **الحكم بالموجب** فينظر فيه حينئذ إلى عقيدة الحاكم في حكمه بالموجب، فإن كان من عقيدته أن القرض يملك بالقبض كما يقول المالكية وأنه لا يرجع المقرض فيما أقرضه، فإن كان الحاكم قد حكم بصحة القرض لم يمتنع على المقرض الرجوع في القيام عند قاض حنفي أو شافعي، فإن كلا منهما يرى الرجوع فيه إذ هو قرض صحيح ويصح الرجوع فيه، فلا ينافي الحكم بالصحة القيام بالرجوع في القرض، وإن حكم بالموجب والإلزام بمقتضى مذهبه امتنع على المقرض الرجوع في العين المقرضة الباقية عند المقرض؛ لأن موجب القرض عند الحاكم المذكور امتناع الرجوع.

ومنها: الرهن فإنه يدخله الحكم بالصحة **والحكم بالموجب**، والحكم فيه بالصحة لا يمنع المخالف في الآثار من العمل بآثاره على عقيدته، فإنه لا يناقض شيئا من الحكم بالصحة كما تقدم في المسألة الأولى، وإن صدر فيه **الحكم بالموجب** والإلزام بمقتضاه نظر إلى المختلف فيه، فإن كان من موجبه عند الحاكم المذكور الإلزام امتنع على المخالف العمل بما يخالف عقيدة الحاكم المذكور.

ومثاله: لو حكم شافعي أو حنفي بصحة الرهن وحصل فيه إعادته إلى الرهن بعارية بعد الحكم بصحة الرهن لم يكن ذلك مانعا لمن يرى فسخ الرهن بالعود إلى الراهن كما هو مذهب مالك على وجه مخصوص، وهو أن يعيده اختيارا ويفوت الحق

فيه بإعتاق الراهن مثلا وقيام الغرماء عليه وإذن المرتهن للراهن في الوطء أن يفسخه؛ لأن الحكم بالصحة ليس منافيا للفسخ بما ذكر، بخلاف ما لو حكم حنفي أو شافعي بموجب الرهن عنده والإلزام بمقتضاه." (١)

"فإنه يمتنع على الحاكم المالكي أن يفسخه بما سبق ذكره؛ لأن موجبه عند الحنفي دوام الحق فيه للمرتهن مع العود، فالحكم بالفسخ لأجل العود المذكور مناف لحكم الحنفي بموجبه عنده – والله تعالى أعلم –.

فهذه الفروق التسعة مع الفرق الأول وهو العاشر يحصل بها التمييز بين الحكم بالصحة **والحكم بالموجب**.

[فصل ما يجتمع فيه الحكم بالصحة **والحكم بالموجب**]

(فصل) :

في بيان ما يجتمع فيه الحكم بالصحة **والحكم بالموجب**

وذلك في أمور منها: أنه لا ينقض الحكم بواحد منهما إذا صدر في محال الاجتهاد التي ينقض الحكم فيها، وإنما استويا في ذلك لتضمن **الحكم بالموجب** الحكم بالصحة، إما عاما عند استيفاء الشروط، أو خاصا بالنسبة إلى المحكوم عليه بذلك، فكما لا يرد النقض على الحكم بالصحة لا يرد على ما يتضمنها إذا أجزناه.

فأما إذا قلنا: لا يجوز مع عدم استيفاء الشروط فيكون الحكم قد وقع مختلا، والحكم المختلف فيه غير الحكم بأمر مختلف فيه، فيسوغ لمن لا يرى الحكم بذلك أن ينقضه إلا إذا حكم حاكم قبله بصحة الحكم الصادر بالموجب وكان الحاكم ممن يرى تسويغ **الحكم بالموجب** على الوجه المذكور فإنه حينئذ لا ينقض.

ومنها: أنه إذا رفع للقاضي كتاب حكم يسوغ تنفيذه عنده نفذه قربت المسافة بينه وبين الحاكم فيه أو بعدت سواء كان ذلك الحكم بالصحة أو بالموجب، بخلاف كتاب سماع البينة فإنه لا يقبل إلا إذا كانت المسافة بينه وبين سامع البينة بحيث تقبل في مثلها الشهادة على الشهادة وهو مسافة السفر، كذا قيده الكرخي في التجريد، وغيره.

ومن العلماء من أجاز إمضاء ذلك أيضا بناء على أنه حكم بقيام البينة، ورجحه الإمام الغزالي من الشافعية، والأول مذهب مالك أعني: اشتراط المسافة المذكورة، وسيأتي في باب الشهادة على الشهادة لذلك مزيد بيان – إن شاء الله تعالى –.

ومنها: تغريم الشهود الراجعين بعد الحكم بالصحة أو بالموجب في المواضع التي يثبت فيها التغريم.

(تنبيه) :

إذا كان **الحكم بالموجب** مستوفيا لما يعتبر في الحكم بالصحة كان أقوى لوجود الإلزام فيه وتضمنه الحكم بالصحة.

(فصل) :

قد يتضمن **الحكم بالموجب** الحكم بالصحة: مثال ذلك: إذا شهد عنده الشهود بأن هذا وقف وذكروا المصرف على وجه معين فحكم القاضي بموجب شهادتهم كان ذلك الحكم متضمنا للحكم بالصحة **والحكم بالموجب**.

(تنبيه) :

(١) معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام علاء الدين الطرابلسي ص/٤٦

قال الشيخ سراج الدين واعلم: أن الذي تقدم في **الحكم بالموجب** من أنه لا يقتضي استيفاء الشروط المعتبرة في الحكم بالصحة، وأنه الذي جرى به عمل القضاة بخلاف ما نص عليه الشافعي وما نص عليه المالكية أيضا في القسمة، وهو أنه إذا كان بأيدي جماعة أرض أو غيرها فجاءوا إلى الحاكم وطلبوا منه القسمة ولم يثبتوا أنها ملكهم، فإن الواجب على القاضي أن لا يجيبهم ويقول لهم: إن شئتم فاقسموا بين أنفسكم أو يقسم بينكم من ترضون، وإن شئتم قسمي فأقيموا البينة على أصول حقوقكم منها، وذلك أني إن قسمت بينكم بلا بينة وجئتم بشهود يشهدون أني قسمت بينكم هذه الدار إلى قاض غيري كان ذلك سببا لأن يجعل ذلك حكما مني لكم ولعلها لغيركم ليس لكم منها شيء، فلا يقسم الحاكم إلا ببينة. قال: وقيل يقسم القاضي بينهم ويشهد أنه قسم على إقرارهم.

(تنبيه) :

وعلى هذا فلا يجوز للحاكم أن يحكم بالموجب إلا بعد أن يستوفي الشروط المطلوبة في الحكم." [١]

"بالصحة، وكذا قال الشيخ سراج الدين قال: وعلى هذا فمن أحضر كتاب وقف أو بيع أو أثبت صدوره ولم يثبت عند الحاكم ما يقتضي الحكم بالصحة، فلا يجوز للقاضي أن يجيبه إلى الحكم بصحته ولا بموجبه؛ لأن الواقف قد يأتي مثلا بشهود يشهدون عند حاكم آخر أن الحاكم الأول حكم بموجب هذا الوقف فيجعله الحاكم الثاني حكما من الأول بنفاذ الوقف ولعله لغير الواقف فعلى هذا لا يجيبه إلى **الحكم بالموجب** إلا ببينة يشهدون بأنه ملكه حين الوقف.

قال: وهذا مذهب مالك، ويزيدون الحيازة على ما هو عليه مبسوط في محله وما ذكره صحيح فينبغي التنبيه له، وهذا هو الاعتراض الوارد على الفرق الأول من الفروق العشرة.

قال: وهذا عند الحاكم فيما يثبته من صدور وقف أو بيع، وأما الشهادة عند الحاكم بصيغة المصدر أو بصيغة اسم المفعول كقول الشهود: نشهد أن هذا وقف أو هذا مبيع من فلان، أو هذه منكوحة فلان، فإن الحاكم يحكم بموجب شهادتهم ويكون ذلك متضمنا للحكم بصحة الوقف ونحوه، فليعرف الفقيه الفرق بين الشهادة بالمصدر أو باسم المفعول وليقس على ذلك انتهى.

وعلى هذا فينبغي أن يكتب في الأمر بالتسجيل " ليسجل بثبوته والحكم بموجب ما قامت به البينة " - والله أعلم -.

(تنبيه) :

ولم أقف للمالكية على هذه التفرقة، وظاهر قواعدهم عدم اعتبارها وذكر الشيخ تقي الدين عن المالكية ما ذكرته قبل واستبعده فقال: قال المالكية: ليس للقاضي أن يحكم حتى يثبت عنده الملك والحيازة، يريد إلى حين صدور الوقف.

قال: وهذا بعيد وفيه تعطيل للحقوق، واليد يكتفى بها في المعاملات.

[فصل في الحكم بمضمونه]

(فصل) :

---

(١) معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام علاء الدين الطرابلسي ص/٤٧

في الحكم بمضمونه

هذه اللفظة ذكرها الشيخ تقي الدين استطرادا في كلامه في **الحكم بالموجب** فقال: وقد عرض في هذه الأزمنة بحث في **الحكم بالموجب** وشغف به جماعة ممن لقيناهم وعاصرناهم وبحثنا معهم من أصحابنا، وهو أن الموجب عندهم أمر مبهم يحتمل أن يكون الصحة. ويحتمل أن يكون غيرها.

وحكم القاضي ينبغي أن يعين، فإذا لم يعين فلا يصح، ولا يرفع الخلاف من قاض يرى خلاف ذلك. مثال ذلك، وهب شيئا يقسم لرجلين فقبضا ذلك لم يجز في قول أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد، يجوز.

فلو رفع ذلك إلى قاض حنفي وحكم فيه بالموجب فإذا لم يعين ما أراد فلا يصح ولا يرفع الخلاف ولا يمنع الحكم من قاض يرى خلاف ذلك، ونقضوا بهذا أوقافا كثيرة وأحكاما كثيرة، وتعلقوا في ذلك بما ذكره أبو سعيد الهروي والرافعي عن الشافعي ومال إليه، وهو أن ما يكتب على ظهور الكتب الحكمية وهو صح وورد هذا الكتاب علي فقبلته قبول مثله وألزمت العمل بموجبه ليس بحكم لاحتمال أن المراد تصحيح الكتاب وإثبات الحجة.

قال: والذي وقعت عليه في كتاب أبي سعيد وألزمت العمل بمضمونه لا بموجبه ونحن نتكلم عليها فنقول: إذا أعدنا الضمير على الكتاب صح ما قالاه؛ لأن مضمون الكتاب وموجبه معناهما صدور ما تضمنه من إقرار أو إنشاء وأنه ليس بزور، فلذلك صوب الرافعي أنه ليس بحكم ونحن نوافقه في تلك المسألة إذا أريد بهذه اللفظة هذا المعنى أو احتمل أنها مراد الحاكم، أما إذا حكم بموجب الإقرار أو بموجب الوقف فليس موجبه إلا كونه وقفا وكون المقر به لازما.

وقول من قال: موجبه يحتمل الصحة والفساد ممنوع فإن اللفظ الصحيح يوجب حكمه، واللفظ الفاسد لا يوجب شيئا. نعم قد يكون لفظ يحتمل موجبين، فيجب على الحاكم أن يبين في حكمه ما أراده كما ذكرته في مثال الهبة لرجلين، وإبهام ذلك لا يجوز عند القدرة إلا أن يخشى من ظالم ونحوه يريد فيكتب له ليسجل بثبوته والحكم بموجبه أو مضمونه.

ومراده إعادة الضمير في موجبه ومضمونه على الكتاب." (١)

"عندي أن فلانا وقف هذا فليس بحكم

لأنه بعد ذلك يتوقف على نظر آخر

هل ذلك الوقف صحيح أم باطل لأنه قد يكون على نفسه أو منقطع الأول ونحو ذلك

وإن أثبت الحق كقوله ثبت عندي أن هذا وقف على الفقراء أو على فلان فهو في معنى الحكم

لأنه تعلق به حق الموقوف عليه

ولا يحتاج إلى نظر آخر

وإن كان صورة الحكم وهو الإلزام لم توجد فيه

فتبين من هذا أن في القسم الأول لو طلب المدعي من الحاكم أن يحكم له لم يلزمه حتى يتم نظره

وفي الثاني يلزمه

---

(١) معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام علاء الدين الطرابلسي ص/٤٨

لأن في الثبوت ما يجب الحكم به قطعا

ورجوع الشاهد بعد الثبوت وقبل الحكم لم أره منقولا

والذي أختاره أن في القسم الثاني كالرجوع بعد الحكم ولا يمنع الحكم

وفي القسم الأول يمنع

انتهى كلامه

فرع قال ونقل الثبوت في البلد فيه خلاف

والمختار عندي في القسم الثاني القطع بجواز النقل وتخصيص محل الخلاف بالأول

والأولى فيه الجواز وفاقا لإمام الحرمين تفريعا على أنه حكم بقبول البينة

فائدة **الحكم بالموجب** صحيح

ومعناه الصحة مصونا عن النقض

كالحكم بالصحة وإن كان أحط رتبة منه

فإن الحكم بالصحة يستدعي ثلاثة أشياء أهلية التصرف وصحة صيغته وكون التصرف في محله

والحكم بالموجب يستدعي الأولين فقط

وهما صحة التصرف وصحة الصيغة

والأصح أن الثبوت ليس بحكم

وقالت الحنفية الثبوت حكم

انتهى

النوع الثاني فيما هو متعلق بوظيفة القضاء من التواقيع وغير ذلك مما تقدم ذكره من الأمور المنوطة بحكام الشريعة المطهرة

ويشتمل هذا النوع على صور

منها توقيع بنيابة الحكم والمستنيب قاضي القضاة شهاب الدين أحمد

والنائب شمس الدين محمد الحمد لله الذي نور مطالع أفق المناصب الدينية بشمس الدين وأوضح به منهاج الحق فأصبح الناس من سلوك سبيله على يقين ورفع له مع الذين أوتوا العلم درجات ورقاه فيها بطريق الاستحقاق إلى أعلى رتب المرتقين

وزينه بالتقوى والورع وتولاه فيما ولاه

والله ولي المتقين

أحمده حمد عبد ألهمه الله الحكمة

فوضع الشيء في محله وأقام شعار العلماء." (١)

---

(١) جواهر العقود المنهاجي الأسيوطي ٢/٣٠٢

"على عدم الحضور لمجلس الحكم ولم يصل جواب عن ذلك ونفذ إليه مرارا بعد ذلك وثبت بذلك تمرده واختفاؤه وتعززه عن الحضور لمجلس الحكم العزيز بسبب الدعوى المذكورة

وسأل المدعي المذكور الحاكم المشار إليه الحكم له بذلك أعذر إلى المنصوب المذكور

فإذا اعترف بعدم الدافع والمطعن ولشيء منه

أجاب السائل إلى سؤاله وحكم بموجبه حكما شرعيا تاما معتبرا مرضيا مسؤولا فيه مستوفيا شرائطه الشرعية

واعتبار ما يجب اعتباره شرعا من تشخيص المدعي المذكور التشخيص الشرعي ومعرفة المتعزز المذكور المعرفة الشرعية

ويكمل على نحو ما سبق

وإن شاء كتب أولا لما قامت البينة الشرعية عند سيدنا فلان الدين الحاكم الفلاني بتعزز فلان عن الحضور لمجلس الحكم العزيز وتمرده بعد طلبه مرارا والنداء في مجلسه بذلك

وثبت ذلك لديه الثبوت الشرعي ادعى فلان على فلان المنصوب الشرعي عن فلان الثابت تعززه وتمرده وامتناعه من الحضور الثبوت الشرعي أنه يستحق في ذمة فلان المتمرد المذكور كذا وكذا

ويكمل على نحو ما سبق من الجواب وإقامة البينة وجريان الحلف والإعذار للمنصوب بعد الإمهال كما تقدم **والحكم بالموجب** إلى آخره

صورة دعوى الزوجة بجب الزوج حضر إلى مجلس الحكم العزيز فلان وفلانة وادعت فلانة المذكورة على زوجها فلان المذكور أنه تزوج بها تزويجا شرعيا بولي مرشد وشاهدي عدل وصداق معلوم ولم تعلم المذكورة به عيبا يثبت به لها الخيار والفسخ والعقد على ظاهر السلامة وأنه سليم من العيوب

خلي من الجب والعنة وأنها اطلعت الآن على أنه مجبوب ولم يقدر بهذا العيب على وطئها

ولا يمكنها المقام معه لما في ذلك من الضرر وأنها حين علمت بذلك اختارت الفسخ والمفارقة على الفور دون التراخي

وسألت سؤاله عن ذلك فسئل

فأجاب بصحة دعواها

فعند ذلك خيرها الحاكم بين المقام معه أو الفسخ

فإن اختارت المقام معه فلا كلام

وإن اختارت الفسخ سألت الحاكم أن يمكنها من فسخ نكاحها من عصمة زوجها المذكور

فقال لها مكنتك من ذلك

فتقول بعد ذلك فسخت نكاحي من عصمة زوجي فلان بالسبب المذكور فسخا شرعيا ثم تسأل الحاكم أن يحكم لها بذلك فيجيبها إلى ذلك بعد أن يعذر الزوج ثم يقول حكما شرعيا إلى آخره وفرق بينهما التفريق الشرعي." (١)

---

(١) جواهر العقود المنهاجي الأسيوطي ٢/٤١٤

"[تنبيهات على قاعدة الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد]

تنبيهات:

الأول:

وقع في فتاوى السبكي أن [امرأة وقفت دارا ذكرت أنها بيدها وملكها وتصرفها على ذريتها] وشرطت النظر لنفسها ثم لولدها وأشهد حاكم شافعي على نفسه بالحكم بموجب الإقرار المذكور وبثبوت ذلك عنده وبالحكم به وبعده شافعي آخر فأراد حاكم مالكي إبطال هذا الوقف بمقتضى شرطها النظر لنفسها واستمرار يدها عليها وبمقتضى كون الحاكم لم يحكم بصحته وأن حكمه بالموجب لا يمنع النقض وأفتاه بعض الشافعية بذلك تعلقا بما ذكره الرافعي عن أبي سعيد الهروي في قول الحاكم صح ورود هذا الكتاب علي فقبلته قبول مثله وألزمت العمل بموجبه أنه ليس بحكم وتصويب الرافعي ذلك.

قال السبكي: والصواب عندي أنه لا يجوز نقضه سواء اقتصر على **الحكم بالموجب** أم لا لأن كل شيء حكم فيه حاكم حكما صحيحا لا ينقض حكمه وأما من خص ذلك في الحكم بالصحة فلا.

وليس هذا اللفظ في شيء من كتب العلم فليس من شرط امتناع النقض أن يأتي الحاكم. بلفظ الحكم بالصحة. قال ولأن الحكم بموجب الإقرار مستلزم للحكم بصحة الإقرار وصحة المقر به في حق المقر، فإذا حكم المالكي ببطلان الوقف استلزم الحكم ببطلان الإقرار وببطلان المقر به في حق المقر.

قال ولأن الاختلاف بين الحكم بالصحة والموجب إنما يظهر فيما يكون الحكم فيه بالصحة مطلقا على كل أحد. أما الإقرار فالحكم بصحته إنما هو على المقر والحكم بموجبه كذلك.

قال: وأما ما نقله الرافعي عن الهروي فالضمير في قوله " بموجبه " عائد على الكتاب وموجب الكتاب صدور ما تضمه من إقرار أو تصرف أو غير ذلك. وقبوله، وإلزام العمل به هو أنه ليس بزور، وأنه مثبت الحجة غير مردود، ثم يتوقف الحكم بها على أمور أخر.

منها عدم معارضة بينة أخرى كما صرح به الهروي في بقية كلامه وغير ذلك ولذلك قال الرافعي الصواب أنه ليس بحكم ونحن نوافقه على ذلك في تلك المسألة.

أما مسألتنا هذه فالحكم بموجب الإقرار الذي هو مضمون الكتاب ولم يتكلم الرافعي ولا الهروي فيه بشيء فزال التعلق بكلامهما، انتهى.

الثاني: معنى قولهم " الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد " أي في الماضي ولكن بغير الحكم في المستقبل لانتفاء الترجيح الآن ولهذا يعمل بالاجتهاد الثاني في القبلة ولا ينقض ما مضى.." (١)

"[ما افترق فيه الحكم بالصحة **والحكم بالموجب**]

قال البلقيني: بينهما فروق: الأول: أن الحكم بالصحة منصب إلى إنفاذ ذلك الصادر من بيع ووقف ونحوهما **والحكم**

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي السيوطي ص/١٠٣

بالموجب منصب إلى أثر ذلك الصادر.

الثاني: أن الحكم بالصحة لا يختص بأحد **والحكم بالموجب** يختص بالمحكوم عليه بذلك.

الثالث: أن الحكم بالصحة يقتضي استيفاء الشروط **والحكم بالموجب** لا يقتضي استيفاء الشروط وإنما مقتضاه صدور ذلك الحكم، والحكم على المصدر بما صدر منه قال الشيخ ولي الدين وعمل الناس الآن على هذا الفرق، وطريقة الحكام الآن أنه إذا قامت عندهم البينة العادلة باستيفاء العام وشروط ذلك العقد الذي يراد الحكم به حكم بصحته وإن لم تقم البينة باستيفاء شرطه حكم بموجبه **فالحكم بالموجب** أحط مرتبة من الحكم بالصحة، ثم قال البلقيني: ويفترقان في مسائل يكون في بعضها الحكم بالصحة أقوى وفي بعضها **الحكم بالموجب** أقوى، فمن الأول ما لو حكم شافعي بموجب الوكالة بغير رضا الخصم فللحنفي الحكم بإبطالها، ولو حكم بصحتها لم يكن للحنفي الحكم بإبطالها ؛ لأن موجبها المخالفة صحت أو فسدت لأجل الإذن فلم يتعرض الشافعي للحكم بالصحة، وإنما تعرض للأثر فساغ للحنفي الحكم بإبطالها لأنه يقول للشافعي جردت حكمك للازم ولم تتعرض لصحة الملزوم ولا عدمه أنا أقول بإبطالها فلم يقع الحكم في محل الخلاف.

ومن الثاني ما لو حكم الحنفي بصحة التدبير لم يمتنع على الشافعي الحكم بالبيع لأنه عند الشافعي صحيح ولكن يباع ولو حكم بموجب التدبير لم يكن للشافعي الحكم بالبيع لأن من موجب التدبير عنده عدم البيع ومنه ما لو حكم شافعي بصحة بيع الدار التي لها جار فإنه يسوغ للحنفي أن يحكم بأخذ الجار بالشفعة لأن البيع عنده صحيح فتسلط لأخذ الجار.

كما يقول الشافعي في بيع أحد الشركاء ولو حكم الشافعي بموجب شراء الدار المذكورة لم يكن للحنفي أن يحكم بأخذ الجار لأن من موجبها الدوام والاستمرار قال: والضابط أن المتنازع فيه إن كان صحة ذلك لشيء وكانت لوازمه لا تترتب إلا بعد صحته. كان الحكم بالصحة مانعا للخلاف واستويا حينئذ وإن كانت آثاره تترتب مع فساده قوي الحكم بالصحة على **الحكم بالموجب**." (١)

"وذكر بعضهم أن **الحكم بالموجب** يجوز نقضه بخلاف الحكم بالصحة فيفترقان في ذلك لكن خطأه السبكي كما تقدم في القاعدة الأولى من الكتاب الثاني.

[ما افترق فيه الشهادة والرواية]

افترقا في أحكام: الأول: العدد يشترط في الشهادة دون الرواية.

الثاني الذكورة لا تشترط في الرواية مطلقا بخلاف الشهادة في بعض المواضع.

الثالث: الحرية تشترط في الشهادة مطلقا دون الرواية.

الرابع: تقبل شهادة المبتدع إلا الخطابية ولو كان داعية ولا تقبل رواية الداعية.

الخامس: تقبل شهادة التائب من الكذب دون روايته.

السادس: من كذب في حديث واحد رد جميع حديثه السابق بخلاف من يتبين شهادته للزور في مرة لا ينقض ما شهد به

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي السيوطي ص/٥٢٩

قبل ذلك.

السابع: لا تقبل شهادة من جرت شهادته إلى نفسه نفعا أو دفعت عنه ضررا وتقبل ممن روى ذلك.

الثامن: لا تقبل الشهادة لأصل وفرع ورقيق بخلاف الرواية.

التاسع والعاشر والحادي عشر: الشهادة إنما تصح بدعوى سابقة وطلب لها وعند حاكم بخلاف الرواية في الكل الثاني عشر: للعالم الحكم بعلمه في التعديل والتجريح قطعا مطلقا في الرواية بخلاف الشهادة فإن فيها ثلاثة أقوال: أصحها التفصيل بين حدود الله تعالى وغيرها.

الثالث عشر: يثبت الجرح والتعديل في الرواية بواحد دون الشهادة على الأصح.

الرابع عشر: الأصح في الرواية: قبول الجرح والتعديل غير مفسر من العالم ولا يقبل الجرح في الشهادة منه إلا مفسرا.

الخامس عشر: يجوز أخذ الأجرة على الرواية بخلاف الشهادة إلا إذا احتاج إلى مركوب.

السادس عشر: الحكم بالشهادة تعديل قال الغزالي: بل أقوى منه بالقول بخلاف عمل العالم أو فتياه بموافقة المروي على الأصح لاحتمال أن يكون ذلك الدليل آخر.

السابع عشر: لا تقبل الشهادة على الشهادة إلا عند تعسر الأصل بموت أو غيبة أو نحوهما بخلاف الرواية.." (١)

"من أنواع القسمة، وهو قسمة التعديل والرد (بيع) ، لأنه لما انفرد كل منهما ببعض المشترك بينهما صار كأنه باع ما كان له بما كان للآخر، وقيل: إفراز فيما كان له بيع فيما صار إليه من الآخر، أما الأول وهو قسمة المتشابهات فليس بيعا، بل إفراز حق بمعنى أن القسمة تبين أن ما خرج لكل من الشريكين كان ملكه، وهذا ما صححه النووي هنا تبعا لما اقتضاه كلام الرافعي لكنهما صححا في بابي الزكاة والربا أنه بيع.

(وباغيها) أي طالبي القسمة (أجب وسجل بقولهم: قسمي) أي بأن قسمي وقع بقولهم، فلو حضر إلى الحاكم جماعة بأيديهم عين يبغون قسمتها بينهم بغير بينة، ولا منازع لهم أجابهم إليها لدلالة اليد على المالك، وكتب في تسجيله أنه قسم ذلك بينهم بقولهم: لا ببينة لئلا يدعوا الملك بعد ويحتجوا بقسمته.

وحكى الرافعي تصحيح ذلك عن الإمام وابن الصباغ والغزالي وتصحيح مقابله عن الشيخ أبي حامد وطبقته، فقد تكون العين في أيديهم بإجارة أو إعارة، فإذا قسمها فقد يدعون الملك محتجين بقسمة القاضي قال: ويدل له أن الشافعي – رحمه الله – لما ذكر القول بالقسمة قال: لا يعجبني هذا القول وقال النووي المذهب أنه لا يجيبهم قال البلقيني وخرج من هذا أن القاضي لا يحكم بالموجب بمجرد اعتراف العاقدين بالبيع، ولا بمجرد إقامة البينة عليهما بما صدر منهما؛ لأن المعنى الذي قيل هنا يأتي هناك، والأوجه خلاف ما قاله لأن معنى **الحكم بالموجب** أنه إن ثبت الملك صح فكأنه حكم بصحة الصيغة، أما إذا أقاموا بينة ولو رجلا وامرأتين فيجيبهم، واعترض ابن سريج بأن البينة إنما تقام وتسمع على خصم ولا خصم هنا، وأجاب ابن أبي هريرة: بأن القسمة تتضمن الحكم لهم بالملك وقد يكون لهم خصم غائب فتسمع البينة ليحكم لهم عليه.

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي السيوطي ص/٥٣٠

قال ابن الرفعة وفي الجواب نظر قال في الروضة كأصلها: قال ابن كج: ولا يكفي شاهد ويمين؛ لأن اليمين إنما تشرع حيث يكون خصم يرد عليه لو حصل نكول

ــــــــSالرد لا التعديل اهـ. فليراجع، وجهه مع أن التعديل بيع ولم يزد في الروض على قوله آخر الباب ولمن اطلع على عيب نصيبه أن يفسخ اهـ. (قوله: لأنه لما انفرد كل منهما إلخ) قد يوجد هذا التعليل في الإفراز

(قوله فكأنه حكم بصحة الصيغة) وهو ظاهر خلافا لما في الإسعاد إذ ليس في حكمه هنا تسليط ولا احتجاج بفعل القاضي بخلاف قسمته حجر د (قوله أما إذا أقاموا بينة) أي بالملك بخلاف إقامتها باليد أو بنحو الابتياع (قوله فليراجع إلخ) ، عبارة الخطيب على المنهاج حيث قلنا: القسمة بيع ثبت فيها أحكامه من الخيارين والشفعة وغيرهما اهـ.

ــــــــQمن ادعى على خصمه ما لو أقر به لنفعه فأنكر كان له تحليفه. اهـ. شرح الروض

(قوله: والرد بيع) قال البلقيني: يستثنى منه القدر الذي لم يحصل في مقابلته رد فإن الذي منه بطريق الإشاعة لم يقع عليه بيع فإنه لو كان مبيعا لكان كل واحد منهما بائعا ملكه وملك غيره بملكه وملك غيره، فيكون من تفريق الصفقة ولم يقله أحد، وقد ذكر ذلك في أصل الروضة في قسمة الأجزاء تفريعا على أنها بيع. اهـ وحيث قلنا إنها بيع لا تفتقر إلى الإيجاب والقبول على الصحيح ويقوم الرضا مقامهما. اهـ. م ر في حاشية شرح الروض (قوله: لأنه لما انفرد إلخ) ولم نقل بالتبين كما قيل به في الإفراز للتوقف هنا على التقويم وهو تخمين قد يخطئ (قوله كأنه باع ما كان له) أي بعض ما كان له منه. اهـ. م ر في حاشية شرح الروض وقوله: بما كان للآخر أي ببعض ما كان للآخر من ذلك المشترك أي والبعض الآخر باق مع ما ابتاعه فإنه لو أخذ النصف مثلا فقد ابتاع ما لشريكه فيه بما له في النصف الذي أخذه شريكه، والباقي من ذلك النصف كان مملوكا له بحسب الأصل إذ كل منهما له النصف شائعا فله في كل نصف من الكل نصف شائع أيضا تدبر.

(قوله: ما كان له) أي فيما انفرد به صاحبه بما كان لصاحبه فيما انفرد به هو فالبيع إنما وقع فيما انفرد به كل من حق صاحبه لا فيه وفي حقه هو أيضا فتأمله ففيه شيء يعلم مما بالهامش الآخر (قوله أن القسمة تبين إلخ) كالمال الثابت في الذمة يتعين بالقبض وإن لم تكن العين المقبوضة دينا ولا نجعلها عوضا عن الدين، إذ لو قدرنا ذلك لما صح قبض المسلم فيه من جهة امتناع الاعتياض عنه؛ ولأنها لو كانت بيعا لثبتت فيها الشفعة للشريك الثالث كما إذا تقاسم شريكان حصتهما وتركا حصته مع أحدهما برضاه. اهـ. م ر في حاشية شرح الروض وقوله: ولأنها إلخ لعله إلزام لمن لا يقول به مع قوله إنها بيع (قوله وتصحيح مقابله) وهو أنه لا يقسم إلا بعد ثبوت الملك ببينة وسمعت من غير سبق دعوى من خصم للحاجة. اهـ. حجر وم ر

(قوله المذهب إلخ) ؛ لأن تصرف القاضي في قضية طلب منه فصلها حكم وهو لا يكون بقول ذي الحق. اهـ. حجر وم ر (قوله بما صدر منهما) أي لا بالملك، إذ قد يصدر ذلك من غير مالك (قوله: لأن المعنى إلخ) فيه نظر (قوله واعترض ابن

سريج إلخ) أجاب م ر وحجر بأنها سمعت للحاجة؛ ولأن القصد منعهم من الاحتجاج بعد تصرف الحاكم (قوله ولا يكفي إلخ) معتمد م ر." [١]

"فيما ذكر، وهو من يدخل على القاضي للاستئذان قال الماوردي أما من وظيفته ترتيب الخصوم والإعلام بمنازل الناس أي، وهو المسمى الآن بالنقيب فلا بأس باتخاذه وصرح القاضي أبو الطيب والبندنيجي وابن الصباغ باستحبابه

(فصل ويشهد القاضي) وجوبا شاهدين (بإقرار) من المدعى عليه (لمن سأل) هـ ذلك (أو بحلف) من المدعي (بعد نكول) من المدعى عليه؛ لأنه قد ينكر بعد فلا يتمكن القاضي من الحكم عليه بما سبق لنسيان أو عزل أو غيرهما (أو بحلف مدعى عليه) ، وهو السائل في هذه فيجيبه القاضي ليكون الإشهاد حجة له فلا يطالبه خصمه مرة أخرى ولو أقام بينة بما ادعاه وسأل القاضي الإشهاد عليه لزمه أيضا صرح به الأصل (، وإن سأله أحدهما كتب محضر بما جرى) ليحتج به إذا احتاج إليه (وثم) أي وعند القاضي (قرطاس من بيت المال أو أتى به السائل استحب أن يكتب له) ذلك (ولا يجب؛ لأن الحق يثبت بالشهود لا الكتاب) ولأن «النبي – صلى الله عليه وسلم – ومن بعده من الأئمة كانوا يحكمون ولا يكتبون المحاضر والسجلات» وقضية كلامه أنه إذا لم يكن عنده قرطاس ولا أتى به السائل لم يستحب ذلك والظاهر استحبابه وعبارة الأصل لا تنافيه فإنه إنما نفى الوجوب فقط (ويلزمه أن يحكم بما ثبت) عنده (إن سأل) فيه (فيقول حكمت له بكذا أو نفذت الحكم) به (أو ألزمت خصمه الحق) أو نحوها (ولا يجوز) له الحكم بذلك (قبل أن يسأل) نعم لو كان الحكم لمن لا يعبر عن نفسه لصغر أو جنون، وهو وليه فيظهر الجزم بأنه لا يتوقف على سؤال أحد قاله الأذرعي (ويستحب) إذا أراد الحكم (أن يعلم الخصم بأن الحكم توجه عليه) ليكون أطيب لقلبه وأبعد عن التهمة (وهل يحكم على ميت بإقراره حيا) عملا بالأصل الخالي عن المعارض وللإجماع على صحة الدعوى على الميت أو لا؛ لأن الميت ليس أهلا للالتزام (وجهان) صحح منهما الأذرعي والزركشي الأول (ولو قال ثبت عندي كذا) بالبينة العادلة (أو صح لم يكن حكما) ؛ لأنه قد يراد به قبول الشهادة واقتضاء البينة صحة الدعوى فصار كقوله سمعت البينة وقبلتها؛ ولأن الحكم هو الإلزام والثبوت ليس بإلزام وكذا لو كتب على ظهر الكتاب الحكمي صح ورود هذا الكتاب علي فقبلته قبول مثله والتزمت العمل بموجبه لاحتمال أن المراد تصحيح الكتاب وإثبات الحجة ذكره الأصل في باب القضاء على الغائب ووقع في نسخ غير معتمدة ألزمت بدل التزمت وليس بصحيح

(ويشترط تعيين ما يحكم به ومن يحكم له لكن يجوز لمن ابتلي بظالم) يريد ما لا يجوز ويحتاج إلى ملاينته (أن يلاينه كما إذا عارض الظالم الداخل بينة خارج ببينة فاسقة) وطلب الحكم بناء على ترجيح بينة الداخل (فله إن خافه أن يكتب) شيئا (موهما يدفعه به فيقول حكمت بمقتضى الشرع في معارضة بينة فلان الداخل وفلان الخارج وقررت المحكوم به في يد المحكوم ـــــــQقوله وصرح القاضي أبو الطيب والبندنيجي وابن الصباغ باستحبابه) أشار إلى تصحيحه وكتب عليه فقالوا يستحب

---

(١) الغرر البهية في شرح البهجة الوردية الأنصاري، زكريا ٣٠٤/٥

أن يتخذ حاجبا يقوم على رأسه إذا قعد ويقدم الخصوم ويؤخرهم قال ابن أبي الدم: وهذا هو الصحيح لا سيما في زماننا بل لو قيل إنه متعين لم يبعد لما فيه من المصالح ودفع المفاسد نعم يشترط كونه عدلا أمينا عفيفا صرح به الماوردي وغيره وقال ابن الرفعة: إنه الظاهر واستحب الماوردي كونه حسن المنظر جميل المخبر عارفا بمقادير الناس بعيدا من الهوى والعصبية وذكر ابن خيران أنه يستحب كونه كهلا ستيرا أي كثير الستر على الناس

[فصل يشهد القاضي وجوبا شاهدين بإقرار من المدعى عليه لمن سأله ذلك]

(فصل) (قوله ويشهد القاضي عليه إلخ) لئلا ينكر فلا يتمكن القاضي من الحكم عليه إن قلنا لا يقضي بعلمه (قوله لزمه أيضا) ؛ لأنه يتضمن تعديل البينة وإثبات حقه (قوله استحب أن يكتب له ذلك) محل الخلاف في البالغ العاقل فإن تعلقت الحكومة بصبي أو مجنون له أو عليه وجب التسجيل جزما كما قطع به الزبيلي وشريح الروياني في أدب القضاء، وهو ظاهر قال الزركشي: ويشبه أن يلتحق به الغائب حفظا لحقه وكذا ما يتعلق بوقف ونحوه مما يحتاط له فسن ر (قوله وقضية كلامه أنه إذا لم يكن عنده إلخ) ، وهو كذلك (قوله ويلزمه أن يحكم بما ثبت عنده) من المهم معرفة الفرق بين الحكم ودفع الحكم: أن الحكم لا بد فيه من طريق قوية، وهي البينة الكاملة أو الإقرار أو اليمين مع الشاهد في المال أو اليمين مع اليد أو اليمين المردودة مع نكول المدعى عليه أو علمه بشرطه فلا يجوز للقاضي أن يقدم على حكم إلا بواحد من هذه الأربع إلا في القسامة وهي طريق خامس، وهي إيمان المدعي مع ظهور اللوث وأما دفع الحكم فأسهل من الحكم وله أسباب منها يمين المدعى عليه، ومنها غير ذلك؛ ولذلك يكتفى فيه بالظهور وتندفع به الدعوى واليمين في مواضع لا يكفي مثلها في الحكم لما في الإقدام على الحكم من القوة الزائدة والأهم الفرق بين الحكم بالصحة **والحكم بالموجب** أن **الحكم بالموجب** يستدعي صحة الصيغة وأهلية المتصرف والحكم بالصحة يستدعي ذلك وأن التصرف صادر في محله وهذا نافع في الصور المختلف فيها فإذا وقف على نفسه فحكم حاكم بموجب ذلك كان حكما منه بأن الواقف من أهل التصرف وأن صيغته هذه صحيحا حتى لا يحكم بعده ببطلانها من يرى الإبطال وليس حكما بصحة وقفه ذلك لتوقفه على كونه مالكا لما وقفه ولم يثبت فإذا ثبت حكم حينئذ بصحة الوقف والرافع للخلاف الحكم بصحة الصيغة؛ لأنه موضع الخلاف و (قوله فيظهر الجزم إلخ) أشار إلى تصحيحه (قوله رجح منهما الأذرعي والزركشي الأول) هو الأصح وكلامهم شامل له (قوله ولو قال ثبت عندي إلخ) لو قال الحاكم في مجلس حكمه أشهد أن فلانا أعتق عبده فلانا لم يكن حكما بعتقه خلافا لما أفتى به البلقيني

(قوله ببينة) متعلق بعارض وقوله بينة خارج مفعول له فاندفع قول الفتى إنه غير مستقيم." (١)

"عليهما) ؛ لأنهما كاملان ولا حق لغيرهما فيها (وكذا الحكم لو استأجرا أرضا) مثلا (في المهايأة والنزاع وتأجير) أي إجارة (القاضي لهما) بمعنى عليهما فيه زيادة على ما في الأصل وعبارته ولو استأجرا أرضا وطلب أحدهما المهايأة وامتنع

---

(١) أسنى المطالب في شرح روض الطالب الأنصاري، زكريا ٤/٢٩٨

الآخر فينبغي أن يعود الخلاف في الإجبار.

(وإن اقتسماها بالتراضي ثم ظهر عيب بنصيب أحدهما فله بل لهما) الموافق لكلام الأصل بل للآخر (الفسخ) للقسمة وثبوت الفسخ للآخر نقله الأصل عن بحث القاضي، وهو بعيد وكلامه آخر الباب يقتضي المنع وهو ظاهر (وإن جرت المهايأة في عبد) مثلا (مشترك) بينهما (فقد بينا في) باب (اللقطة بأن) الباء زائدة أي أن (الأكساب النادرة كاللقطة والهبة ونحوهما) كالوصية (تدخل في المهايأة) كالأكساب العامة ولا حاجة لقوله ونحوهما (وكذا) يدخل فيها (المؤن النادرة كأجرة الطبيب والحجام) كالمؤن العامة فتكون الأكساب لذي النوبة والمؤن عليه إلا أرش الجناية كما مر في اللقطة (ويراعى في الكسوة قدر المهايأة فتجب عليهما إن كانت مياومة فرع لا تجوز المهايأة في ثمر الشجر) ليكون لهذا عاما ولهذا عاما (و) لا في (لبن الشاة) ليحلب هذا يوما وهذا يوما؛ لأن ذلك ربوي مجهول (وطريق من أراد ذلك أن يبيح كل) منهما (لصاحبه مدة) واغتفر الجهل لضرورة الشركة مع تسامح الناس في ذلك

(فصل ليس للقاضي أن يجيب) جماعة (إلى قسمة) شيء (مشترك) بينهم (حتى يثبتوا) أي يقيموا (عنده) بينة (بالملك لهم) ؛ لأنه قد يكون في أيديهم بإجارة أو إعارة فإذا قسمه بينهم فقد يدعون الملك محتجين بقسمة القاضي قال البلقيني وخرج من هذا أن القاضي لا يحكم بالموجب بمجرد اعتراف العاقدين بالبيع ولا بمجرد إقامة البينة عليهما بما صدر منهما؛ لأن المعنى الذي قيل هنا يأتي هناك والأوجه خلاف ما قاله؛ لأن معنى **الحكم بالموجب** أنه إن ثبت الملك صح فكأنه حكم بصحة الصيغة واعترض ابن سريج على إجابة القاضي لهم إذا أثبتوا عنده الملك بأن البينة إنما تقام وتسمع على خصم ولا خصم هنا وأجاب ابن أبي هريرة بأن القسمة تتضمن الحكم لهم بالملك وقد يكون لهم خصم غائب فيسمع البينة ليحكم لهم عليه قال ابن الرفعة وفي الجواب نظر وخرج بإثبات الملك إثبات اليد؛ لأن القاضي لم يستفد به شيئا غير الذي عرفه وإثبات الابتياع أو نحوه؛ لأن يد البائع أو نحوه كيدهم (سواء) في عدم إجابته لهم (اتفقوا) على طلب القسمة (أو تنازعوا) فيه (ويقبل) في إثبات الملك (شاهد وامرأتان) كما يقبل فيه شاهدان قاله ابن كج (لا شاهد ويمين؛ لأن اليمين) إنما (شرعت لترد) على الخصم (عند النكول ولا مرد لها) هنا لعدم وجود الخصم وقيل

ـــــــQلم أر فيه شيئا وإنما تكلموا في ذلك في القسمة بينهم بالتصادق كما سيأتي وهذا كله في الكاملين المطلقي التصرف أما لو كان أحد الشريكين محجورا عليه فلو تمانع الولي والشريك المطلق التصرف فالظاهر أن الحاكم يؤجر عليهما جزما إذا قلنا يؤجر على الرشيد من حيث لا يجد راغبا في استئجار نصيب المحجور عليه بمفرده ولو طلب الرشيد المهايأة ولا حظ للمحجور فيها لم يجز للولي إجابته على المذهب وكيف الحال إذا لم تمكن إجارة نصيبه بمفرده هذا موضع نظر ولم أر في ذلك جميعه شيئا

[فصل ليس للقاضي أن يجيب جماعة إلى قسمة شيء مشترك بينهم حتى يثبتوا عنده بينة بالملك لهم]

(فصل) (قوله ليس للقاضي) قال شيخنا أي لا يجوز له نعم يظهر الجواز إذا قسم وبين مستند قسمته لانتفاء العلة حينئذ ولا يرد عليه ما في البهجة بقوله وباغيها أجب إلى آخره إذ ظاهره الوجوب في هذه الحالة وليس كذلك كا (تنبيه)

قال الغزي مسألة تقع كثيرا، وهي أن يخلف الميت أعيانا من قماش ونحاس وغيرهما وبعض الورثة غائب ويطلب الحاضر نصيبه وقد سئل ابن الصلاح عن مثل ذلك في خشب جاء أو إن قطعه وبعض الشركاء غائب فلا يباع نصيب الحاضر إلا إذا تمكن المشتري من قطعه وأجاب بأنه إن خيف من إبقائه في الأرض فوات شيء قطع بالحاكم؛ لأن له ولاية حفظ مال الغائب ثم إن أمكنت قسمة الإجبار للمماثلة بأن تساوت أعيانه في القيمة أو لم تمكن بأن اختلفت قيمة أعيانه وأمكنت قسمة التعديل بأن تعدل الأعيان بالقيمة قسمه الحاكم عن الغائب مع ولي اليتيم إن كان يتيما وحفظ نصيب الغائب إن أمكن فإن لم يمكن حفظ نصيب الغائب من الخشب بيع كله وحفظ ثمنه فإن تعذرت قسمة الإجبار فيه لعدم تماثله وإمكان تعديله ووجدنا من يشتري نصيب الأيتام مشاعا بيع وحده بشرط أن يساوي ثمن مثله لو بيع مع الجميع وإلا فلا ويباع الجميع؛ لأن هذا المشترك دائر بين أقسام كل واحد لا يخلو عن ضرر فتعين أهونها وقد اختلفوا في نظائره، وهو ما لا إجبار في قسمته فقيل يجبر على المهايأة وقيل يعطل على الشركاء وهما ضعيفان وقيل يباع، وهو ضعيف أيضا والصحيح أنه يؤجر على الشركاء والإجبار هنا متعذر وما ذكر قبلها فتعين فيه وفي أمثاله البيع. اهـ.
إذا عرف هذا فقد صرحوا بأن المشترك إذا كان أجناسا أو أنواعا لا إجبار فيه فمتى اشتملت التركة على مثل ذلك تعين البيع بطلب الحاضر فإن اشتملت على نوع واحد وتماثلت القيمة أو لم تتماثل وأمكن التعديل أجبر على قسمتها بشرط أن ترتفع الشركة عن الجميع فلو لم يمكن التعديل إلا بعين وبعض أخرى فلا إجبار ويتعين البيع (قوله بحجتين بقسمة القاضي) لأنها قسمة إجبار وفعل القاضي لها حكم والحكم بدون ثبوت الملك لا يتجه وكتب أيضا قال الماوردي؛ لأن قسمة الحاكم إثبات لملكهما واليد توجب إثبات التصرف لا إثبات الملك (قوله قال البلقيني وخرج من هذا أن القاضي إلخ) أشار إلى تصحيحه (قوله؛ لأن المعنى الذي قيل هنا يأتي هناك) فيه نظر فإن القسمة تتضمن إفراز نصيب كل واحد وصيرورته معينا بعد أن كان شائعا وقد لا يكون الطالبون مالكين لذلك فيكون تصرفا في ملك غيره بغير إذنه، وأما الحكم بالصحة أو الموجب فإنما هو في تصرف صدر من غير الحاكم ورجع إليه فقد يحكم بصحته وقد يحكم بموجبه وعلى كل تقدير فلم يتصرف الحاكم في ملك غيره ع." (١)

"ثم دخل دار الإسلام بأمان؛ لأن أحكام الرق باقية (لا) حمل (مكاتبه) الكافر الأصلي (قهرا) لظهور استقلاله

(وإن أسلم مدبر وسيده كافر لم يبع) بل يبقى التدبير لتوقع الحرية والولاء ولكن يخرج من يده ويجعل بيد عدل دفعا للذل عنه (ويستكسب له) كما لو أسلمت مستولدته (فإن لحق) سيده (بدار الحرب) أنفق عليه من كسبه و (بعث بفاضل كسبه له) ، فإذا مات عتق من الثلث، فإن بقي منه شيء للورثة بيع عليهم، فإن لم يكن له كسب أنفق عليه سيده لبقاء ملكه عليه.

(وإن أسلم مكاتب لكافر لم يبع) بل يبقى مكاتبا لانقطاع سلطنة السيد عنه واستقلاله بالكتابة (فإن عجز) عن النجوم

---

(١) أسنى المطالب في شرح روض الطالب الأنصاري، زكريا ٣٣٨/٤

وعجزه سيده (بيع) عليه (ولا يسري التدبير) من أحد الشريكين لنصيبه من العبد المشترك بينهما (إلى نصيب الشريك) الآخر؛ لأن التدبير لا يمنع البيع فلا يقتضي السراية كما لو علق عتق نصيبه بصفة ولأن التدبير إما وصية بالعتق أو تعليق عتق بصفة على ما يأتي وكل منهما بعيد عن السراية وهذا بخلاف الإيلاد حيث يسري؛ لأنه كالإتلاف لمنفعة المبيع ولا سبيل إلى رفعه بخلاف التدبير (ولا) يسري (العتق به) أي بالتدبير لنصيب أحدهما إلى نصيب الآخر؛ لأن الميت معسر (والمعلق عتق نصيبه بصفة إذا وجدت وهو موسر) عتق و (سرى) العتق (إلى نصيب الشريك) .

(ويرتفع التدبير بما يزيل الملك) عن المدبر (كبيع) بت أو بشرط الخيار للمشتري (وهبة بقبض ووصية) سواء كان التدبير مطلقا أم مقيدا؛ لأنه تعليق عتق بصفة وللخبر السابق أول الكتاب وروى الحاكم خبرا أن عائشة – رضي الله عنها – باعت مدبرة لها سحرتها ولم ينكر ذلك أحد من الصحابة واستشكل البلقيني جعل الوصية مزيلة للملك بما مر في بابها ويجاب بأنا بالقبول لها تتبين أن الوصي له ملك بالموت وهذا أقوى من ترتب المعتق بالتدبير على الموت كما لا يخفى على المتأمل (لا استخدام وتزويج ووطء) ، وإن لم يعزل؛ لأنها لا تنافي الملك بل تؤكد (فإن أولدها بطل) التدبير؛ لأن الإيلاد أقوى منه بدليل أنه لا يعتبر من الثلث ولا يمنع منه الدين بخلاف التدبير فيرفعه الأقوى كما يرفع ملك اليمين النكاح ولا يرفع التدبير الإيلاد بل لا يصح تدبير المستولدة كما مر

(فإن با ع نصفه) أي المدبر (لم يبطل) تدبيره (في الباقي) منه وذكر البيع والنصف مثال (والتدبير تعليق عتق بصفة لا وصية) بالعتق كما لو علق بموت الغير ولأن الصيغة صيغة تعليق ولأنه لا يفتقر إلى إحداث تصرف أو قبول بعد الموت بخلاف الوصية (فلا يبطله فسخ) له (ولا رجوع) عنه (بلفظ) كرجعت عنه أو أبطلته أو فسخته أو رفعته كما في سائر التعليقات والفسخ داخل في الرجوع كما صنع الأصل.

(ولا يعود) التدبير (بعود الملك) بعد زواله بناء على عدم عود الحنث في اليمين.

(وقوله أعتقوا عبدي) عني (إذا مت وصية يرجع فيها بالقول لا إن) ضم إلى الموت المعلق به العتق صفة أخرى كأن (قال إذا مت ودخلت الدار) أو لبست الثوب (فأنت حر) فلا يرجع فيه بالقول؛ لأنه تعليق عتق بصفة

(ولا يبطله) أي التدبير (هبة بلا قبض) لعدم إزالة الملك (ولا) يبطله (رهن) وإن قلنا بصحته على وجه لذلك.

(ويصح كتابة المدبر) كعكسه لاشتراكهما في العتق المقصود بهما (ويجتمعان) أي الكتابة والتدبير فيه فيكون مدبرا مكاتبا (كما في تعليق عتقه بصفة) فإنه يصح ويجتمع فيه التعليق بها والتدبير كعكسه وفي نسخة وتعليق عتقه بصفة (ويعتق بالسابق) من الموت وأداء النجوم أو وجود الصفة (فإن) أدى النجوم أو وجدت الصفة عتق بالكتابة أو بوجود الصفة، وإن (مات السيد) قبل الأداء أو وجود الصفة (عتق بالتدبير وبطلت الكتابة) أو التعليق بالصفة، وقوله وبطلت الكتابة من

زيادته أخذا من كلام الشيخ أبي حامد في المسألة الآتية والأوجه أخذا من مقابله فيها الذي جرى هو عليه أنها لا تبطل فيتبعه كسبه وولده ويحتمل الفرق بأن الكتابة هنا لاحقة وفيما يأتي سابقة (فإن عجز) في صورة

ــــــQقوله لا حمل مكاتبه قهرا) هذا في الكتابة الصحيحة، أما لو كانت فاسدة فالظاهر من تعليلهم أنه لا يمنع غ

(قوله وإن أسلم مدبر وسيده كافر لم يبع) ، ولو كان لكافر رقيق مسلم فدبره نقض وبيع

(قوله ولا يسري التدبير إلى نصيب الشريك) عبارة المنهاج ولا يسري تدبير وهي أحسن من تعبير المصنف؛ لأنها يؤخذ منها ذلك وما لو دبر المالك نصف عبده لم يسر إلى الباقي على الأصح المنصوص وبه جزم في التنبيه.

[الباب الثاني في حكم التدبير]

(الباب الثاني في حكم التدبير) (قوله ويرتفع التدبير إلخ) لو دبر، ثم خرس ولم يبق له إشارة مفهمة ولا كتابة أو جن قام وليه مقامه وسئل البلقيني عن رجل دبر عبده فحكم به حنفي بمقتضى مذهبه عالما بالخلاف هل يجوز بيعه أم لا؟ فأجاب إن كان القاضي الحنفي حكم بمنع بيعه في صورة لا تخالف حديث جابر - رضي الله عنه - في بيع المدبر فإنه لا يجوز بيعه ولا ينقض الحكم المذكور وكذلك لو حكم بموجب التدبير بمقتضى مذهبه في الصورة وأما إن كان حكم بصحة التدبير فإنه لا يمتنع بيعه وليس في بيعه نقض الحكم بالصحة وهذا من المواضع التي يفيد الحكم فيها بالموجب ما لا يوجبه الحكم بالصحة، وقد بسط ذلك في الفتح الموهب في **الحكم بالموجب**

(قوله، وإن قلنا بصحته على وجه) وهو الأصح

(قوله ويحتمل الفرق بأن الكتابة إلخ) وجهه أن الموجود في هذه بعد الكتابة مجرد وجود الصفة وهو عتق لا إعتاق وفي تلك التعليق ووجود الصفة وهو إعتاق وكتب أيضا وإن قال بعض المتأخرين أنها مثلها." (١)

"ذكره الأصحاب في أحكام المفقود وثبوت شيء عنده ليس حكما به وتنفيذ الحكم يتضمن الحكم بصحة الحكم المنفذ وفي كلام الأصحاب ما يدل على أنه حكم وفي كلام بعضهم أنه عمل بالحكم وأجازه له وإمضاء لتنفيذ الوصية والحكم بالصحة يستلزم ثبوت الملك والحيازة قطعا **والحكم بالموجب** حم بموجب الدعوى الثانية ببينة أو غيرها: فالدعوى المشتملة على ما يقتضي صحة العقد المدعى به الحك فيها بالموجب حكم بالصحة وغير المشتملة على ذلك **الحكم بالموجب** ليس حكما بها قاله ابن نصر الله وقال السبكي وتبعه ابن قندس: **الحكم بالموجب** يستدعى صحة الصيغة وأهلية التصرف ويزيد الحكم بالصحة كون تصرفه في محله وقال السبكي أيضا: **الحكم بالموجب** هو الأثر الذي يوجبه اللفظ وبالصحة كون اللفظ بحيث يترتب عليه الأثر وهما مختلفان فلا يحكم بالصحة إلا باجتماع الشروط وقيل لا فرق بينهما في

---

(١) أسنى المطالب في شرح روض الطالب الأنصاري، زكريا ٤٦٨/٤

الإقرار ونحوه فالحكم بموجبه في الأصح **والحكم بالموجب** لا يشمل الفساد انتهى والعمل على ذلك وقالوا: **الحكم بالموجب** يرفع الخلاف.." (١)

"أحضره، إلى أن قال، وكذا لا يكتفى بذكر قوله فشهد كل واحد منهم بعد الاستشهاد ما لم يذكر عقيب دعوى المدعي هذا، إلى أن قال: ويكتب في السجل حكم القاضي، ولفظ الشهادة بتمامها.

ولا يكتفى بما يكتب ثبت عندي على الوجه الذي تثبت به الحوادثالحكمية إلى آخره، وحكى فيها واقعة الحلواني مع قاضي عنبسة إلى أن قال: والمختار في هذا الباب

أن يكتفى به في السجلات دون المحاضر؛ لأن السجل يرد من مصر إلى آخر فلا يكون في التدارك حرج (انتهى) .

الثالث:

أنه لا فرق بين الحكم بالصحة، **والحكم بالموجب** باعتبار الاستواء في الشرط السابق فإن وقع التنازع بين خصمين في الصحة كان الحكم بها صحيحا، وإن لم يقع بينهما

تنازع فيها فلا، وكذا **الحكم بالموجب** إن وقع تنازع في موجب خاص من مواجب ذلك الشيء الثابت عند القاضي ووقعت الدعوى بشروطها، كان حكما بذلك الموجب فقط دون غيره، وإلا فلا، فإذا أقر بوقف عقاره عند القاضي، وشرط فيه شروطا وثبت ملكه لما وقفه وسلمه إلى ناظر ثم تنازعا عند قاض حنفي، وحكم بصحة الوقف ولزومه وموجبه لا يكون حكما بالشروط؛ فلو وقع التنازع في شيء من الشروط عند مخالف كان له أن يحكم بمقتضى مذهبه، ولا يمنعه حكم الحاكم الحنفي السابق إذ لم يحكم بمعاني الشروط إنما حكم بأصل الوقف، وما تضمنه من صحة الشروط، فليس للشافعي الحكم بإبطاله باعتبار اشتراط العلة له أو النظر أو الاستدلال.

الرابع: بينا في الشرح حكم ما إذا حكم بقول ضعيف في مذهبه أو برواية مرجوع عنها، وما إذا خالف مذهبه عامدا أو ناسيا.

الخامس: مما لا ينفذ القضاء به ما إذا قضى بشيء مخالف للإجماع، وهو ظاهر، وما خالف الأئمة الأربعة مخالف للإجماع، وإن كان فيه خلاف لغيرهم، فقد صرح في التحرير أن الإجماع انعقد على عدم العمل بمذهب مخالف للأربعة لانضباط مذاهبهم وانتشارها وكثرة أتباعهم.

السادس: القضاء بخلاف شرط الواقف كالقضاء بخلاف النص لا ينفذ لقول العلماء: شرط الواقف كنص الشارع.

صرح به في شرحي المجمع للمصنف وابن عبد الملك، وصرح السبكي في فتاويه بأن ما خالف شرط الواقف

فهو مخالف للنص، وهو حكم لا دليل عليه

سواء كان نصه في الوقف نصا أو ظاهرا، (انتهى) .

ويدل عليه قول أصحابنا، كما في الهداية: إن الحكم إذا كان لا دليل عليه لم ينفذ، وعبارته؛ أو يكون قولا لا دليل عليه،

---

(١) الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل الحجاوي ٣٨٥/٤

وفي بعض نسخ القدوري بان إلى آخره،
ويدل عليه أيضا ما في." (١)
"بحبس الخصم حكم كأمره بالأخذ منه.
قال في القنية وأمر القاضي بحبس المدعى عليه قضاء بالحق اهـ.
وفائدته لو حبسه حنفي في معاملة بفائدة ليس للمالكي إبطالها، كذا في أنفع الوسائل وأما فعله فعلى وجهين فما لم يكن موضعا للحكم فليس بحكم قطعا، ومنه ما إذا أذنت بالغة عاقلة في تزويج نفسها فزوجها فإنه وكيل عنها ففعله ليس بحكم كما في القاسمية وما كان منها موضعا له أي محلا فقد اختلفوا فيه، وله صور منها تزويج الصغار الذين لا ولي لهم، ومنها شراؤه وبيعه مال اليتيم ومنها قسمة القاضي العقار إلى غير ذلك مما هو في هذا المعنى فجزم في التجنيس بأنه حكم ولذا لو زوج اليتيمة من ابنه لم يجز، ورده في فتح القدير من كتاب النكاح بأنه ليس بحكم لانتفاء شرطه، وهو الأوجه قال والإلحاق بالوكيل يكفي للمنع يعني أن الوكيل بالنكاح لا يملك أن يزوج من ابنه فكذا القاضي بمنزلة الوكيل، أقول: وكذا ما ذكره في التتمة من أن القاضي لو باع مال اليتيم من نفسه لا يجوز لأن بيع القاضي يكون على وجه الحكم، وحكمه لنفسه لا يجوز اهـ.
خلاف الأوجه والإلحاق بالوكيل للمنع مغن عن كونه حكما؛ لأن بيع الوكيل من نفسه باطل.
وكذا ما ذكر في الذخيرة من أن الإمام إذا اشترى شيئا من الغنيمة لنفسه لا يجوز شراؤه وإن كان للغانمين فيه منفعة ظاهرة لأن الإمام إنما يبيع الغنائم على وجه الحكم بين المسلمين، ولهذا لا تلزم العهدة عليه فلو جاز بيعه من نفسه كان ذلك حكما من نفسه، وحكم الإمام والقاضي لنفسه لا يجوز اهـ خلاف الأوجه، ولكن لما كثر ذلك في كلام أئمتنا فالأولى أن يقال إن الحكم القولي يحتاج إلى الدعوى والفعلي لا كالقضاء الضمني لا يحتاج إلى الدعوى له، وإنما يحتاج القصدي فيدخل الضمني تبعا تصحيحا لكلامهم فمن نقل أن فعل القاضي حكم صاحب التجنيس والتتمة والذخيرة كما أسلفناه، وصرح به في بيوع المحيط الإمام شمس الأئمة السرخسي وفي بيوع فتاوى قاضي خان، وصرح به محمد في الأصل قال إذا حضر الورثة إلى القاضي فطلبوا القسمة وبينهم وارث غائب أو صغير، والتركة عقار قال أبو حنيفة لا أقسم بينهم بإقرارهم حتى يقيموا بينة على الموت والمواريث، وقال أبو يوسف ومحمد: أقسم ذلك بإقرارهم، وقال أبو حنيفة: لا أقسم ذلك بقولهم ولا أقضي على الغائب والصغير بقولهم؛ لأن قسمة القاضي قضاء منه اهـ.
وما في الأصل من قوله؛ لأن قسمة القاضي قضاء منه قاطع للشبهة كلها فتعين الرجوع إلى الحق.
وأما شرائطه وهو الرابع ففي الحكم أن يكون بعد تقدم دعوى صحيحة من خصم على خصم فإن فقد هذا الشرط لم يكن حكما، وإنما هو إفتاء صرح به الإمام السرخسي قال وهذا شرط لنفاذ القضاء في المجتهدات ذكره العمادي في فصوله والبزازي في فتاواه، ونقل الشيخ قاسم في فتاويه الإجماع عليه، وفي فتاوى قاضي خان إنما ينفذ القضاء عند شرائط القضاء من الخصومة وغيرها فإذا لم يوجد لم ينفذ اهـ.

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ابن نجيم ص/٩٢

فإذا حكم شافعي بموجب بيع عقار

ـــــــQتكون حكما (قوله لانتفاء شرطه) أي شرط الحكم، وهو الدعوى الصحيحة سيجيب عنه المؤلف.

(قوله وهو الأوجه) بل قال ابن الغرس إنه الصواب (قوله قاطع للشبهة كلها) أي؛ لأنه لا يمكن أن يقال فيه إنه ملحق بالوكيل فتعين كون علة المنع هي كون فعله حكما. (قوله وذكره العمادي) قال الرملي أي وذكره أيضا العمادي إلخ فإسقاط لفظ ذكره الثاني من سهو الكاتب (قوله فإذا حكم شافعي بموجب بيع عقار إلخ) اعلم أن **الحكم بالموجب** مما تعورف بين المتشرعين والموثقين وهو أعم من المقتضى؛ لأنه يشمل الصحة والبطلان كالحكم بموجب بيع المدبر معناه بطلانه لو القاضي حنفيا وصحته لو شافعيا، والمقتضي لا يشمل البطلان فإن الشيء لا يقتضي بطلان نفسه فيجتمعان في الصحة وينفرد الموجب في البطلان، ثم إن الموجب قد يكون أمرا واحدا أو أمورا يستلزم بعضها بعضا في الثبوت أو لا يستلزم فالأول كالقضاء بالأملاك المرسلة والطلاق والعتاق إذ لا موجب لهذا سوى ثبوت ملك الرقبة للعين، والحرية وانحلال قيد العصمة، وهذا القسم لا كلام فيه إذ ذكر الموجب فيه.

وأصح الدلالة على المراد والثاني كما إذا ادعى رب الدين على الكفيل بدين له على الغائب المكفول عنه وطالبه به فأنكر الدين فأقام البينة على الدين والكفالة، يحكم بموجب ذلك فالموجب هنا أمران لزوم الدين للغائب ولزوم أدائه على الكفيل، والثاني يستلزم الأول في الثبوت فإذا قضى بالموجب في مثله فقد قضى بجميعه، والثالث كما إذا حكم شافعي بموجب بيع عقار كما ذكره المؤلف فالموجب هنا مجمل تفسره الطريق الموصلة إلى القضاء فإن أدت إلى جميع تلك الأمور بأن كانت مدعى بها كلها حمل الموجب عليها وإن إلى بعض معين منها تعين أنه المقضي به دون الآخر فللمخالف الحكم به برأيه، ولا يكون حكم الأول بذلك الفرد المعين مانعا عن الحكم بالآخر، ومثله كثيرة ومنها ما إذا قضى الحنفي بموجب التواجر بين أصيلين فمات أحدهما لا يكون حكما بعد انفساخها ثم الاستلزام السابق قد." (١)

"؛ لأنه لا يصدق على النسيان بل يحمل على أنه اجتهد فأدى اجتهاده إلى مذهب خصمه فقضى به فيكون قضاؤه باجتهاده فيصح. اهـ.

بلفظه والحق في هذه المسألة أن القاضي إذا حكم على خلاف مذهبه فإن كان متوهما أنه على وفقه باطل يجب نقضه وإن وافق مجتهدا فيه وإن كان معتمدا مذهب غيره فإنه لا ينقض وهذا التفصيل متعين في حكام زماننا فإنهم لا يعتمدون في أحكامهم على الاجتهاد لا مطلقا ولا مقيدا لكونهم مقلدين فإذا جرى منهم الحكم بخلاف مذهبهم فهو مقطوع بكونه منه خطأ فينقض وقولهم لا ينقض الحكم في المجتهدات معلل بأن الاجتهاد لا ينقض بمثله لا مطلقا فإذا كان القاضي متوهما أنه مذهبه فأخطأ فيه لم يكن مجتهدا فيه ومعنى قوله أمضاه حكم بمقتضاه وفي السراج الوهاج المراد من الحاكم القاضي والمراد من الإمضاء إلزام الحكم بعد دعوى صحيحة من خصم على خصم ولذا قال في البزازية وإن أرادوا أن يثبتوا حكم الخليفة عند الأصل لا بد من تقديم دعوى صحيحة على خصم حاضر وإقامة البينة كما لو أرادوا إثبات قضاء آخر اهـ.

فالحاصل أن الحكم المرفوع لا بد أن يكون في حادثة وخصومة صحيحة كما صرح به العمادي في الفصول والبزازي في

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ٢٧٩/٦

الفتاوى قالا وهنا شرط لنفاذ القضاء في المجتهدات وهو أن يصير حادثة تجري بين يدي القاضي من خصم على خصم حتى لو فات هذا الشرط لا ينفذ القضاء؛ لأنه فتوى اهـ.

فلو رفع إلى حنفي قضاء مالكي بلا دعوى لم يلتفت إليه ويحكم بمقتضى مذهبه ولا بد في إمضاء الثاني لحكم الأول من الدعوى أيضا كما سمعت ولا يشترط إحضار شهود الأصل بل يكفي على قضاء القاضي قال في البزازية قاضي بلدة حكم على رجل بمال وسجل ثم مات القاضي وأحضر المدعي المحكوم عليه عند قاض آخر وبرهن على قضاء الأول أجبره الثاني على أداء المال إن كان الحكم الأول صحيحا ولو شهدوا أن قاضيا من قضاة البلد قضى بهذا المال لا يحكم به وفي كل فعل لا بد من تسمية الفاعل ونسبه فإن قال الشهود إن القاضي الأول غير عدل لا يمضي القاضي الثاني قضاءه اهـ.

وكتبنا في الفوائد الفقهية أن القاضي إذا ارتاب في حكم الأول له أن يطلب شهود الأصل وإذا علمت ذلك ظهر لك أن التنافيذ الواقعة في زماننا غير معتبرة لصدورها بلا دعوى وحادثة وإنما يقيم صاحب الواقعة بينة يشهدون على حكم القاضي فلان ليكتب له القاضي الثاني أنه اتصل به حكم الأول ونفذه فإن قلت: القاضي إذا قضى بشيء في حادثة بعد دعوى هل يكون قضاء فيما هو من لوازمه وإن لم يعلم به القاضي.

قلت: لا لما في قضاء البزازية في فصل فسخ اليمين المضافة وإن زوجه رجل امرأة بلا أمره وأجاز بالفعل ثم طلقها ثلاثا ثم تزوجها بنفسه ثم ترافعا إلى القاضي فإن أعلمه بتقدم نكاح الفضولي فقضى بالنكاح صح ويكون قد قضى ببطلان اليمين وببطلان نكاح الفضولي وببطلان الثلاث بعده وإن لم يعلم بتقدم النكاح يعلمه حتى يقضي في موضع الاجتهاد ويقصد بالقضاء اليمين المضافة ونكاح الفضولي اهـ.

ثم قال وروي عن الإمام الثاني فيمن قال كل امرأة يتزوجها فهي طالق فتزوج امرأة وهو لا يرى الوقوف فرفعته امرأته إلى قاض لا يرى الوقوع فقضى بصحة النكاح ثم تحول رأي الرجل إلى الوقوع فتزوج امرأة أخرى بعدها فإنه يمسك الأولى ويعمل برأيه الحادث في الحادثة فيفارقها؛ لأن القاضي إنما قضى بإبطال الطلاق في الأولى بالاجتهاد فنفذ قضاؤه فبعد ذلك بتحول رأيه لا يملك نقض رأيه ذلك، وأما الحادثة فيثبت عليها الحل الآن ولم يجر عليها حكم القاضي فيعمل برأيه والحيلة فيه أن يتزوج امرأة بعد فسخ ويدعي عند القاضي أنها زوجته بحكم الفسخ على امرأة أخرى وتزعم المرأة أنها عليه حرام أخذا بمذهب الثاني فيترافعان إلى القاضي الحنفي فيحكم القاضي الحنفي بأنها زوجته بمذهب محمد اهـ.

فقد علمت من ذلك كثيرا من المسائل

ـــــــــــــــــــــــــــــ (قوله وقولهم لا ينقض الحكم في المجتهدات إلخ) قال الرملي يجب أن يقيد ذلك بما إذا لم يقيده السلطان بمذهب أما إذا قيده بمذهب كما إذا قال له أو كتب في منشوره وليتك لتحكم بين الناس بما صح أو بالصحيح من مذهب أبي حنيفة مثلا فلا ينفذ قضاؤه بغيره لما تقرر أن القضاء يتخصص بالزمان والمكان والأشخاص والحوادث فتنبه لذلك (قوله وكتبنا في الفوائد الفقهية أن القاضي إلخ) نقله في النهر عن المؤلف ثم قال ولم أجده لغيره.

(قوله التنافيذ الواقعة إلخ) قال الرملي سيأتي أيضا في شرح قوله وأمضى القاضي حكمه. اهـ.

قلت: وتقدم أيضا في البحث السادس أول كتاب القضاء (قوله فقضى بالنكاح) أي الثاني (قوله أن يتزوج امرأة بعد فسخ) أي بعد فسخ اليمين تأمل (قوله فإذا قضى شافعي إلخ) قال المؤلف في بعض رسائله وفي القاسمية أما كون الحكم حادثة

فاحتراز عما لم يحدث بعد كما لو حكم بموجب إجارة لا يكون حكما بالفسخ بموت أحد المتآجرين وكما لو حكم بموجب بيع عقار لا يكون حكما باستحقاق شفعة الجوار؛ لأنه لم توجد فيه خصومة.

وأما الخصومة الصحيحة فهي الدعوى المشتملة على شرائط الصحة اهـ.

وذكر فيها أيضا أن اشتراط تقدم الدعوى والحادثة مجمع عليه ثم قال فيها وقال الشيخ محب الدين أحمد بن نصر الله البغدادي قاضي قضاة الحنابلة في رسالة له، وأما **الحكم بالموجب** بفتح الجيم فمعناه الحكم بموجب الدعوى الثابتة بالبينة أو غيرها هذا هو معنى الموجب ولا معنى له غيره فينظر في الدعوى فإن." (١)

"فإذا قضى شافعي بصحة بيع عقار وموجبه لا يكون حكما منه بأن لا شفعة للجار لعدم حادثتها وكذا إذا قضى حنفي لا يكون حكما بأن الشفعة للجار وإن كانت الشفعة من مواجبه؛ لأن حادثتها لم توجد وقت الحكم ولا شعور للقاضي بها وكذا إذا قضى مالكي بصحة التعليق في اليمين المضافة لا يكون حكما بأنه لا يصح نكاح الفضولي المجاز بالفعل لعدمه وقته فافهم فإن أكثر أهل الزمان عنه غافلون وشرط أن لا يخالف الكتاب والسنة والإجماع فإن خالف واحدا منها لم يمضه وإنما ينقضه لكونه ليس في محل الاجتهاد الصحيح وهو خلاف لا اختلاف ومثال ما خالف الكتاب القضاء بحل متروك التسمية عامدا لقوله تعالى ﴿ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه﴾ [الأنعام: ١٢١] بناء على أنه شامل لذبائح المسلمين كالمشركين بناء على أن الواو في قوله تعالى ﴿وإنه لفسق﴾ [الأنعام: ١٢١] للعطف.

وأما إذا كانت للحال كانت مقيدة بما أهل به لغير الله؛ لأن الفسق فسر به كذلك في قوله أو فسقا أهل به لغير الله ولذا قال في التحرير إن الواو تحتمل أن تكون حالا فتكون قيدا للنهي عن أكل ما لم يذكر اسم الله عليه ويحتمل أن يراد بما لم يذكر اسم الله عليه الميتة أو ما ذكر عليه اسم غير الله تعالى فإن الفسق هو ما أهل به لغير الله تعالى ومثال ما خالف السنة أي المشهورة القضاء بشاهد ويمين فإنه مخالف للحديث المشهور «البينة على من ادعى واليمين على من أنكر» ومثال القضاء المخالف للإجماع القضاء ببيع أمهات الأولاد والمراد من الإجماع ما ليس فيه خلاف يستند إلى دليل شرعي ومن الغريب ما في الخلاصة، وأما القضاء بحل متروك التسمية عامدا فجائز عندهما وعند أبي يوسف لا يجوز. اهـ.

وهو يدل على أنه مما يسوغ فيه الاجتهاد عندهما؛ لأنه يفيد الحل كما فهمه ابن الهمام؛ لأنه لا خلاف عندنا في عدم الحل أنه من قبيل ما لا يسوغ فيه الاجتهاد عندنا لنقل الفقهاء والأصوليين بحيث شددوا النكير على الشافعي في القول بحله حتى قال الأصوليون إنه جهل لا يصلح عذرا لمخالفته الدليل القطعي وقد ألفت فيها رسالة مشتملة على بيان الدلائل من الجانبين.

وفي الهداية المعتبر الاختلاف في الصدر الأول وهم الصحابة والتابعون وعليه فرع الخصاف أن للقاضي أن ينقض القضاء ببيع أم الولد لمخالفته لإجماع التابعين وقد حكي فيه الخلاف عندنا فقيل هذا قول محمد أما على قولهما فيجوز قضاؤه وهو مبني على أن الإجماع المتأخر هل يرفع الخلاف المتقدم فعندهما لا يرفع وعنده يرفع وفي التقويم لأبي زيد أن محمدا روى عنهم أن القضاء ببيع أم الولد لا يجوز وتفرع على كون الخلاف في الصدر الأول شرطا لكون المحل اجتهاديا ما قال بعضهم إن

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ١٠/٧

للقاضي أن يبطل ما قضى به المالكي والشافعي برأيه وفي الأقضية وأصحابنا لم

ــــــــQكانت مشتملة على ما يقتضي صحة العقد المدعى به كان الحكم بموجبها حكما بالصحة وإن لم تشتمل على ما يقتضي صحة العقد المدعى به لم يكن الحكم حكما بصحة العقد **والحكم بالموجب** حكم على العاقد بما ثبت عليه من العقد لا حكم بالعقد اهـ.

وتمام ذلك في رسالة المؤلف ورأيت في كلام بعض المحققين من الشافعية أن الموجب عبارة عن الأثر المترتب على ذلك الشيء وهو والمقتضى مختلفان خلافا لمن زعم اتحادهما إذ المقتضى لا ينفك والموجب قد ينفك فالأول كانتقال الملك للمشتري بعد لزوم البيع والثاني كالرد بالعيب والموجب أعم أي لأنه الأثر اللازم سواء كان ينفك أو لا وذكر أن **الحكم بالموجب** يتضمن الحكم بالصحة؛ لأنه لولا صحة العقد ما ترتبت عليه تلك الآثار إذ لا يصح الشيء مع تخلف آثاره عنه وكذا الحكم بالصحة يتضمن **الحكم بالموجب** فإذا حكم بصحة الشيء فقد حكم بترتب آثاره عليه ثم ذكر أن التحقيق أن **الحكم بالموجب** وارد على الآثار نصا ومنها الصحة بخلاف الحكم بالصحة فإنه يتناول الآثار ضمنا لا صريحا فيكون **الحكم بالموجب** أعلى لتناوله جميع الآثار؛ لأنه مفرد مضاف فيعم كل موجب لكنه خلاف المشهور.

(قوله؛ لأنه لا خلاف عندنا في عدم الحل) علة لقوله ومن الغريب والظاهر أنه علة لقوله لا أنه يفيد الحل إلخ وفيه نظر فإن عدم الخلاف عند نافي عدم الحل قبل حكم حاكم بحله أما بعد حكم حاكم يراه ففيه خلاف وهو ما نقله في الخلاصة وهذا مراد صاحب الفتح بإفادته الحل فإن ما في الخلاصة دل على أنه مما يسوغ فيه الاجتهاد فإذا كان كذلك أفاد القضاء به الحل كما لا يخفى (قوله والحق أنه من قبيل ما لا يسوغ فيه الاجتهاد عندنا) ذكر ابن أمير حاج في شرحه على التحرير من بحث الجهل آخر الكتاب بحثا في هذا المحل جيدا حيث قال قلت: ثم لقائل أن يقول المجتهد فيه المعارض لمدلول هذه الأصول الثلاثة المحكوم بعدم اعتباره حتى أن القضاء به لا ينفذ إما أن يكون معارضا لما كان من الكتاب قطعي الدلالة غير منسوخ أو ما كان من السنة كذلك متواتر الثبوت أو ما كان من الإجماع قطعي الثبوت والدلالة وهذا لا شك فيه لكن في صدور هذا من المجتهد بعد عظيم؛ لأن استحلال مخالفة كل من ذلك كفر فلا ينبغي أن يكون المراد.

وإما أن يكون معارضا لما كان من الكتاب أو السنة ظني الدلالة سواء كانت السنة قطعية الثبوت أو لا ومن الإجماع ما كان ظني الثبوت أو الدلالة وهذا في عدم نفاذ الحكم بمعارضه مطلقا نظر ظاهر إلى أن قال والذي يظهر أن القضاء بحل متروك التسمية عمدا وبشاهد ويمين المدعي ينفذ من غير توقف على إمضاء قاض آخر وببيع أمهات الأولاد لا ينفذ ما لم يمضه قاض آخر." (١)

"من بقائها عنده أو عند غيره عليها لم يكن طريقا وإلا كان

ولو حكم حاكم بصحة إجارة وقف وأن الأجرة أجرة المثل فإن ثبت بالتواتر أنها دونها تبين بطلان الحكم والإجارة وإلا فلا كما يأتي بسطه آخر الدعاوى وأفتى أبو زرعة فيمن استأجر وقفا بشرطه وحكم له حاكم شافعي بموجبه بعدم انفساخها بموت أحدهما وزيادة راغب أثناء المدة بأن هذا إفتاء لا حكم؛ لأن الحكم بالشيء قبل وقوعه لا معنى له كيف، والموت أو

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري ابن نجيم ١١/٧

الزيادة قد يوجدان وقد لا فلمن رفع له الحكم بمذهبه انتهى، وما علل به ممنوع وفيه تحقيق بسطته في أواخر الوقف من الفتاوى وفي كتابي المستوعب في بيع الماء **والحكم بالموجب** المسطر أوائل البيع من الفتاوى فراجعه فإنه مهم.

(كتاب الهبة) من هب مر لمرورها من يد إلى أخرى، أو استيقظ؛ لأن فاعلها استيقظ للإحسان

، والأصل في جوازها بل ندبها بسائر أنواعها الآتية قبل الإجماع الكتاب، والسنة وورد «تهادوا تحابوا» أي: بالتشديد من المحبة وقيل

ـــــــــــQليرجع إلى المهر (قوله: من بقائها) أي: الأجرة (قوله: عليها) متعلق بخلاف (قوله: لم يكن) أي الناظر (قوله: وإلا كان) شامل لما إذا لم يجد إلا مستأجرا بمدة طويلة وكون الناظر طريقا حينئذ محل نظر فليراجع (قوله: ولو حكم) إلى قوله وفيه تحقيق في النهاية (قوله: فإن ثبت بالتواتر إلخ) مفهومه أنه لو ثبت ذلك ببينة لم يحكم بالبطلان وهو ظاهر اهـ ع ش (قوله: تبين بطلان الحكم إلخ) أي: فيرد الناظر ما قبضه من المستأجر إن كان باقيا وإلا فبدله من ماله إن كان صرفه في غير مصالح الوقف ومن مال الوقف إن كان صرفه في مصالحه ولو بإيجار مدة طويلة حيث تعينت لتوفية ما قبضه من المستأجر الأول، والكلام كله حيث لم يفسق بتعديه بالإجارة والصرف وإلا فمعلوم أنه لا يجوز له الإجارة ثانيا ولا تصح منه لانعزاله اهـ ع ش

(قوله: وبعد انفساخها إلخ) من عطف المرادف (قوله: وزيادة إلخ) الواو بمعنى، أو (قوله: بأن هذا إفتاء لا حكم إلخ) بل الوجه أنه حكم يمتنع على من رفع إليه الحكم بخلافه وقد دل كلام الأصحاب في مواضع على الاعتداد **بالحكم بالموجب** وتناوله الآثار وإن تأخرت مر اهـ.

(قوله: قد يوجدان) الأولى الإفراد (قوله: فلمن إلخ) خبر مقدم للحكم (قوله: وما علل به) أي: من قوله؛ لأن الحكم إلخ (قوله: ممنوع) معتمد اهـ ع ش (قوله: وفيه إلخ) أي: في **الحكم بالموجب** (قوله: المستوعب إلخ) بدل، أو عطف بيان من كتابي إلخ (قوله: المسطر إلخ) نعت لقوله كتابي (خاتمة)

، لو نبتت شجرة بمقبرة فثمرتها مباحة للناس تبعا للمقبرة وصرفها إلى مصالح المقبرة أولى من صرفها للناس لا ثمرة شجرة غرست للمسجد فيه فليست مباحة بلا عوض بل يصرف الإمام عوضها لمصالح المسجد وإنما خرجت الشجرة عن ملك غارسها هنا بلا لفظ للقرينة الظاهرة وخرج بغرسها للمسجد غرسها مسبلة فيجوز أكلها بلا عوض وكذا إن جهلت نيته حيث جرت العادة به وتقلع الشجرة من المسجد إن رآه الإمام بل إن جعل البقعة مسجدا وفيها شجرة فللإمام قلعها وإن أدخلها الواقف في الوقف اهـ مغني.

[كتاب الهبة]

(قوله: من هب) إلى قوله ولو قال اشتر لي بدرهمك خبزا في النهاية إلا قوله وقد بسطت ذلك في تأليف حافل وقوله وفيه نظر إلى المتن وقوله وهي هنا بالمعنى الثاني وقوله فلو قال وهبتك هذا إلى ومنه أيضا وقوله إلا أن يفرق (قوله: من هب مر) أي: مأخوذة من هب بفتح الهاء وشد الباء بمعنى مر وفي هذا الأخذ نظر ظاهر إذ المأخوذ من المثال الواوي، والمأخوذ منه

من المضاعف (قوله: لمرورها) أي: الهبة بمعنى الموهوب ففيه استخدام (قوله، أو استيقظ) عطف على مر (قوله استيقظ للإحسان) عبارة النهاية تيقظ إلخ (قوله: الكتاب) كقوله تعالى ﴿فإن طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا﴾ [النساء: ٤] وقوله تعالى ﴿وآتى المال على حبه﴾ [البقرة: ١٧٧] الآية اهـ شرح منهج زاد المغني وقوله تعالى ﴿وإذا حييتم﴾ [النساء: ٨٦] الآية قيل المراد منها الهبة اهـ

(قوله: والسنة) كخبر الصحيحين «لا تحقرن جارة لجارتها ولو فرسن شاة» أي ظلفها شرح منهج ومغني قال البجيرمي قوله لا تحقرن بابه ضرب مختار أي: لا تستصغرن هدية لجارتها ع ش فالمفعول محذوف وعبارة سلطان فيه نهي لكل منهما أي: للمعطية وللمهدى إليها وقوله فرسن بكسر الفاء والسين وسكون الراء كما في الصحاح، والقاموس وبفتح السين كما في المشكاة ع ش وقوله أي: ظلفها أي المشوي المشتمل على بعض لحم؛ لأن النيء قد يرميه آخذه فلا ينتفع به اهـ كلام البجيرمي (قوله أي: بالتشديد من المحبة) أي ويكون مجزوما في جواب الأمر و (قوله وقيل

ـــــــsاعتمده م ر (قوله: ولو حكم حاكم بصحة إجارة الواقف وأن الأجرة أجرة المثل إلخ) أجر الوقف بأجرة شهدت البينة أنها أجرة المثل وحكم حاكم به، ثم شهدت بينة بأنها دون أجرة المثل فإن كانت العين باقية بحالها بحيث يقطع بكذب الأولى عمل بالبينة الثانية وتبين غلط الأولى ونقض الحكم وإن تغيرت العين فالحكم صحيح لا يجوز نقضه ولا التفات إلى البينة الثانية هذا ملخص ما أفتى به شيخنا الشهاب الرملي م ر

(قوله: بأن هذا إفتاء لا حكم إلخ) بل الوجه أنه حكم يمتنع على من رفع إليه الحكم بخلافه وقد دل كلام الأصحاب في مواضع على الاعتداد **بالحكم بالموجب** وتناوله الآثار وإن تأخرت م ر.

(كتاب الهبة)." (١)

"والمرتهن غير الواهب كما هو ظاهر لزوالها وإن كانت الهبة من الابن لابنه أو لأخيه لأبيه؛ لأن الملك غير مستفاد من الجد، أو الأب

قال شارح ولو مرض الابن ورجع الأب، ثم مات الابن هل يصح رجوعه، أو لا؛ لأنه صار محجورا عليه لم أر منقولا والذي يظهر صحة رجوعه؛ لأن الحجر عليه إنما هو في التبرعات ونحوها، ثم رأيت الأذرعي وغيره صرحوا بما ذكرته وفرق بعضهم بينه وبين حجر الفلس بأنه أقوى لمنعه التصرف وإيثار بعض الغرماء، والمرض إنما يمنع المحاباة ولا يمنع الإيثار (ولا) بنحو (تعليق عتقه) وتدبيره، والوصية به (وتزويجها وزراعتها) لبقاء السلطنة (وكذا الإجارة على المذهب) لبقاء العين بحالها ومورد الإجارة المنفعة فيستوفيها المستأجر من غير رجوع للواهب بشيء على المؤجر وفارق ما هنا رجوع البائع بعد التحالف بأن الفسخ ثم أقوى ولذا جرى وجه أن الفسخ ثم يرفع العقد من أصله ولا كذلك هنا.

(ولو زال ملكه) أي: الفرع عن الموهوب (وعاد) ولو بإقالة، أو رد بعيب (لم يرجع) الأصل الواهب له (في الأصح) ؛ لأن

---

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج وحواشي الشرواني والعبادي ابن حجر الهيتمي ٢٩٥/٦

الملك غير مستفاد منه حينئذ نعم قد يزول ويرجع كما مر في نحو تخمر العصير وكما لو وهبه وأقبضه صيدا فأحرم ولم يرسله، ثم تحلل كذا قيل ورد بأن ملك الولد الزائل بالإحرام لا يعود بالتحلل بل يلزمه إرساله ولو بعده وخرج بزال ما لو لم يزل وإن أشرف على الزوال كما لو ضاع فالتقطه ملتقط وعرفه سنة ولم يتملكه فحضر المالك وسلم له فلأبيه الرجوع فيه ولو وهبه الفرع لفرعه وأقبضه، ثم رجع فيه ففي رجوع الأب وجهان والذي يتجه منهما عدم الرجوع لزوال ملكه ثم عوده سواء أقلنا إن الرجوع إبطال للهبة، أم لا؛ لأن القائل بالإبطال لم يرد به حقيقته وإلا لرجع في الزيادة المنفصلة (ولو زاد رجع بزيادته المتصلة) ؛ لأنها تابعة ومنها تعلم صنعة وحرفة وحرث الأرض وإن زادت بها القيمة لا حمل عند الرجوع حدث بيده

ــــــــQقوله بموجبه مفرد مضاف لمعرفة فهو عام ومدلوله كلية فكأنه قال حكمت بانتقال الملك وبصحة الرجوع عند وقوعه وهكذا إلى آخر مقتضياته سواء فيها ما وقع وما لم يقع بعد، وقد قال أئمتنا يقع الفرق بين الحكم والصحة، **والحكم بالموجب** من أوجه منها أن العقد الصادر إذا كان صحيحا بالاتفاق ووقع الخلاف في موجبه فالحكم بصحته لا يمنع من العمل بموجبه عند غير من حكم بها ولو حكم بالموجب امتنع الحكم بموجبه عند غيره مثاله التدبير صحيح بالاتفاق وموجبه إذا كان تدبيرا مطلقا عند الحنفية منع البيع فلو حكم حنفي بصحة التدبير المذكور لم يكن ذلك مانعا من بيعه عند من يرى صحة بيع المدبر أي: كالشافعي ولو حكم حنفي بموجب التدبير امتنع البيع أي: عند الشافعي اهـ بحذف وفيها هنا فوائد لا يستغنى عنها قال الرشيدي قوله م ر لا يمنع من العمل بموجبه يعني ما يخالفه في الموجب وكذا يقال فيما يأتي وقوله مر مطلقا إنما قيد به؛ لأنه محل الخلاف بيننا وبين الحنفي، أما إذا كان مقيدا كما إذا قال إذا مت من هذا المرض مثلا فالحنفي يوافقنا على صحة بيعه اهـ

(قوله: والمرتهن إلخ) الواو للحال سم وع ش (قوله: لزوالها) أي: السلطنة (قوله من الابن) أي: المتهب عبارة المغني ولو وهب لولده شيئا ووهبه الولد لولده لم يرجع الأول في الأصح؛ لأن الملك غير مستفاد منه ولو باعه من ابنه، أو انتقل بموته إليه لم يرجع الأب قطعا؛ لأن ابنه لا رجوع له فالأب أولى ولو وهبه لولده فوهبه الولد لأخيه من أبيه لم يثبت للأب الرجوع؛ لأن الواهب لا يملك فالأب أولى ولو وهبه الولد لجده، ثم الجد لولد ولده فالرجوع للجد فقط اهـ.

(قوله: بينه) أي: حجر المرض (قوله: من غير رجوع للواهب إلخ) وعليه فلو انفسخت الإجارة فقياس ما مر من أن المالك لو آجر الدار، ثم باعها، ثم انفسخت الإجارة عادت المنفعة للبائع لا للمشتري أنها تعود هنا للأب اهـ ع ش

(قوله: وفارق ما هنا) أي: حيث يرجع الواهب في الموهوب مسلوب المنفعة من غير رجوعه بشيء على المؤجر و (قوله: رجوع البائع) أي: حيث يرجع على المشتري المؤجر بأجرة المثل لما بقي من المدة اهـ رشيدي.

(قوله: أي: الفرع) إلى قول المتن ويحصل الرجوع في المغني إلا قوله وخرج إلى ولو وهبه وقوله سواء إلى المتن وقوله وزرعه إلى ولو عمل (قوله: ولو بإقالة إلخ) أي: أو إرث نهاية ومغن قول المتن (لم يرجع) وقد نظم ذلك بعضهم فقال

وعائد كزائل لم يعد ... في فلس مع هبة للولد

اهـ ع ش (قوله لا يعود بالتحلل إلخ) أي: فلا يتصور هنا رجوع لعدم ملك الولد بعد التحلل أيضا اهـ سم (قوله: كما لو ضاع إلخ) أي: أو كاتبه، ثم عجز فله الرجوع اهـ مغني (قوله: أم لا) وهو الراجح اهـ ع ش (قوله: بالإبطال) أي: إبطال

الرجوع للهبة
(قوله: تعلم صنعة وحرفة) لا بتعليم الفرع فيما يظهر أخذا من نظيره في الفلس اهـ نهاية عبارة المغني ذكرا من الزيادة المتصلة تعلم الحرفة وحرث الأرض لكن ذكر في باب التفليس أن تعلم الحرفة كالعين وقضيته أن الولد يكون شريكا فيها بما زاد كالقصارة وأجاب عن ذلك الزركشي بأن ما هنا تعلم لا معالجة للسيد فيه، وما هناك تعلم فيه معالجة اهـ.
(قوله: وحرفة) عطف تفسير اهـ ع ش (قوله: وحرث الأرض) قد يشكل هذا بما بحثه مر في تعليم الفرع اهـ ع ش ويؤيد الإشكال ما مر عن المغني عن الزركشي، وما يأتي من قول الشارح ولو عمل فيه إلخ بل قد يدعي دخوله في نحو القصارة (قوله: وإن زادت بها) أي: بالزيادة المتصلة (قوله: لا حمل إلخ) أي فلا يتبع الأم في الرجوع
ـــــــــSصيدا فأحرم الفرع ولم يرسله، ثم تحلل ممنوع لزوال ملك الفرع عنه بالإحرام على الأصح المنصوص شرح م ر (قوله: والمرتهن غير الواهب) حال (قوله لزوالها) أي: السلطنة ش.

(قوله: ورد بأن ملك الولد إلخ) كأن حاصل الرد أنه لا يتصور هنا رجوع لعدم ملك الفرع بعد التحلل وقد صار الصيد مباحا فللأصل أخذه لا بطريق." (١)

"فخرج الوطء في الدبر فلا يقع به شيء خلافا للأذرعي؛ لأنه لم يوجد الوطء المباح لذاته وفارق ما يأتي بأن عدم الوقوع هنا لعدم الصفة، وفيما يأتي للدور (لم يقع قطعا) للدور إذ لو وقع لخرج الوطء عن كونه مباحا، ولم يقع، ولم يأت هنا ذلك الخلاف؛ لأن محله إذا انسد بتصحيح الدور باب الطلاق أو غيره من التصرفات الشرعية وذلك غير موجود هنا (تنبيه) ليس لقاض الحكم بصحة الدور كما علم مما مر نعم إن اعتقد صحته بتقليد قائله وصححناه لم يكن له الحكم به إلا بعد وجود ما يقتضي الوقوع، وإلا كان حكما قبل وقته ولو وجد ما يقتضي وقوع طلقة فحكم بإلغائها لم يكن حكما بإلغاء ثانية لو وقعت فإن تعرض في حكمه لذلك فهو سفه وجهل لإيراده الحكم في غير محله فعلم أنه لا يصح الحكم بصحة الدور مطلقا بحيث لو أوقع طلاق بعد لم يقع كذا قاله بعض المحققين، وإنما يصح إن حكم بالصحة لا الموجب لما يأتي في القضاء وغيره

(ولو علقه) أي الطلاق (بمشيئتها خطابا) كأنت طالق إن أو إذا شئت أو إن شئت فأنت طالق (اشترطت) مشيئتها، وهي مكلفة أو سكرانة باللفظ منجزة لا معلقة، ولا مؤقتة أو بالإشارة من خرساء ولو بعد التعليق وظاهر كلامهم تعين لفظ شئت ويوجه بأن نحو أردت، وإن رادفه إلا أن المدار في التعاليق على اعتبار المعلق عليه دون مرادفه في الحكم، ومن ثم قال البوشنجي في إتيانها بشئت بدل أردت في جواب إن أردت لا يقع ومخالفة الأنوار له فيها نظر (على فور) بها، وهو مجلس التواجب في العقود نظير ما مر في الخلع
ـــــــــQوالأقرب الأول اهـ ع ش (قوله فخرج الوطء) أي خرج عن كونه من أفراد مسألتنا التي انتفى الوقوع فيها للدور،

---

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج وحواشي الشرواني والعبادي ابن حجر الهيتمي ٣١٢/٦

وإن وافقها في الحكم لكن في هذا السياق صعوبة لا تخفى اه رشيدي

(قوله: وفارق ما يأتي إلخ) المراد أنه إن وطئ في الدبر لا تطلق لعدم وجود الوطء المباح لذاته، وإن وطئ في غيره فكذلك لكن للدور فعلم أنه لا يلحقها طلاق مطلقا، وإن اختلف جهة عدم الوقوع اه ع ش

(قوله: ما يأتي) هو قول المصنف لم يقع قطعا اه كردي

(قوله: لعدم الصفة) وهي الوطء المباح لذاته اه ع ش

(قوله: ذلك الخلاف) أشارة إلى قول المصنف ففي صحته الخلاف اه كردي

(قوله: وذلك غير موجود هنا) ؛ لأن التعليق هنا وقع بغير الطلاق فلم ينسد عليه باب الطلاق اه مغني

(قوله: وصححناه) أي التقليد

(قوله: ولو وجد ما يقتضي إلخ) انظر صورته وكأن المراد بذلك أنه لو قال إنسان إن طلقتك فأنت طالق قبله ثلاثا ثم طلقها طلقة أو علقها بصفة فوجدت فحكم الحاكم بإلغائها للدور لم يكن هذا الحكم حكما بإلغاء ثانية لو وقعت كأن يكون الطلاق معلقا أيضا على صفة أخرى اه سم، وفيه تأمل ولك تصويره بالتعليق بكلما (قوله لذلك) أي لإلغاء طلقة ثانية لو وقعت

(قوله: وإنما يصح) أي ما قاله بعض المحققين

(قوله: لا الموجب) بفتح الجيم (قوله لما يأتي إلخ) ومنه أن **الحكم بالموجب** يتناول الآثار الموجودة والتابعة لها بخلافه بالصحة فإنه إنما يتناول الموجودة فقط فلو حكم شافعي بموجب الهبة للفرع لم يكن للحنفي الحكم بمنع رجوع الأصل لشمول حكم الشافعي للحكم بجوازه أو بصحتها لم يمنعه ذلك ولو حكم حنفي بصحة التدبير لم يمنع الشافعي من الحكم بصحة بيع المدبر أو بموجبه منعه إلخ

(قوله: أي الطلاق) إلى قوله بخلاف ما إذا أكره في النهاية (قول المتن خطابا) أي: وهو مخاطب لها اه مغني

(قوله: أو سكرانة) أي آثمة بسكرها اه مغني

(قوله: باللفظ) متعلق بقوله مشيئتها وقوله منجزة مفعوله

(قوله: أو بالإشارة) عطف على باللفظ عبارة المغني لو علق بمشيئة أخرس فأشار إشارة مفهمة وقع أو ناطق فخرس فكذلك على الأصح اه

(قوله: بأن نحو أردت إلخ) يتأمل انتظام تركيبه اه سيد عمر أقول لم يظهر لي وجه توقفه في انتظامه فإنه من قبيل زيد، وإن كثر ماله لكنه بخيل، وقد بسط المطول في توجيه حسنه وفصاحته

(قوله: وإن رادفه) أي لفظ شئت

(قوله: على اعتبار المعلق عليه) أي: وهو لفظ المشيئة اه مغني

(قوله: في إتيانها إلخ) أي في حكمه أو في جواب السؤال (قوله لا يقع) مفعول قال إلخ

(قوله: ومخالفة الأنوار له) أي للبوشنجي

(قوله: فيها) أي المخالفة

(قوله: بها) أي بالمشيئة ويغني عنه قوله مشيئتها عقب المتن

(قوله: وهو مجلس التواجب) إلى قول المتن وقيل في المغني

(قوله: وهو مجلس التواجب

ـــــــsتقليد القائل به؛ لأن من شروط التقليد أن لا يكون ما قلد فيه مما ينقض الحكم به

(قوله: ولو وجد ما يقتضي وقوع طلقة إلخ) انظر صورته وكأن المراد بذلك أنه لو قال إنسان إن طلقتك فأنت طالق قبله ثلاثا ثم طلقها طلقة أو علقها بصفة فوجدت فحكم الحاكم بإلغائها للدور لم يكن هذا الحكم حكما بإلغاء ثانية لو وقعت كأن يكون الطلاق معلقا أيضا على صفة أخرى

(قوله: في المتن ولو علقه بمشيئتها إلخ) في الروض وشرحه فصل لو قال لامرأتيه طلقتكما إن شئتما فشاءت إحداهما لم تطلق لعدم مشيئتهما أو شاء كل منهما طلاقها أي طلاق نفسها دون ضرتها ففي وقوعه تردد أي وجهان أحدهما نعم؛ لأن المفهوم منه تعليق طلاق كل واحدة بمشيئتها والثاني، وهو الأوجه لا؛ لأن مشيئة كل منهما طلاقهما علة لوقوع الطلاق عليها وعلى ضرتها اه واعلم أن كلا منهما لا بد في مشيئتها بالنسبة لطلاق نفسهما من الفور بخلافها بالنسبة لضرتها ليست تمليكا فيكفي وجودها على التراخي بالنسبة لضرتها وحينئذ فقوله: وهو الأوجه لا محله إذا اقتصرت كل واحدة منهما بعد ذلك على ما ذكر من مشيئتها طلاق نفسها فقط حتى لو شاءت كل واحدة منهما بعد ذلك طلاق ضرتها ولو متراخيا طلقتا فعلم أن طلاقهما قد يكون بعد مشيئتين من كل منهما ثنتان على الفور وهما مشيئة كل طلاق نفسها وثنتان على الفور أو التراخي وهما مشيئة كل منهما طلاق الأخرى ولو وجدت." (١)

"ولا بموته أثناءها لأنه يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء والقول في تأخر الولادة قول مدعيه (وفي قول للحمل) لتوقف الوجوب عليه (فعلى الأول لا يجب لحامل عن شبهة، أو نكاح فاسد) إذ لا نفقة لها حالة الزوجية فبعدها أولى (قلت) (ولا نفقة) ولا مؤنة (لمعتدة وفاة) ومنها أن يموت الزوج وهي في عدة طلاق رجعي (وإن كانت حاملا والله أعلم) لصحة الخبر بذلك.

(ونفقة العدة) ومؤنتها كمؤنة زوجة في جميع ما مر فيها فهي (مقدرة كزمن النكاح) ؛ لأنها من لواحقه (وقيل تجب الكفاية) بناء على أنها للحمل (ولا يجب دفعها) لها (قبل ظهور حمل) سواء أجعلناها لها أم له لعدم تحقق سبب الوجوب نعم اعتراف ذي العدة بوجوده كظهوره مؤاخذة له بإقراره (فإذا ظهر) الحمل، ولو بقول أربع نسوة (وجب) دفعها لما مضى من حين العلوق فتأخذه ولما بقي (يوما بيوم) إذ لو تأخرت للوضع تضررت (وقيل حتى تضع) للشك فيه وردوه بأن الأصح أن الحمل يعلم، ولو قبل ستة أشهر (ولا تسقط بمضي الزمان على المذهب) ، وإن قلنا إنها للحمل؛ لأنها المنتفعة بها. فرع حكم

---

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج وحواشي الشرواني والعبادي ابن حجر الهيتمي ١١٦/٨

حنفي لبائن بنفقة العدة، وقرر لها في مقابلتها قدرا، ثم ظهر بها حمل فلها إن لم يتناول حكمه الكسوة عنده الرفع لشافعي ليحكم لها بها، وأفتى أبو زرعة في شافعي حكم لبائن حائل أنه لا نفقة لها بأن حكمه إنما يتناول يوم الدعوى وما قبله دون ما بعده؛ لأنه لم يدخل وقته، ومر عنه نظير ذلك آخر الوقوف مع المنازعة فيه، ومحله إن حكم بموجب البينونة لا بالسقوط؛ لأنه إنما يتناول ما وجب بخلاف الموجب.

(فصل) في حكم الإعسار بمؤن الزوجة إذا (أعسر) الزوج (بها) أي: النفقة (فإن صبرت) زوجته ولم تمتعه تمتعا مباحا (صارت) كسائر المؤن ما عدا المسكن لما مر أنه أمتاع (دينا عليه) ، وإن لم يفرضها قاض؛ لأنها في مقابلة التمكين (وإلا) تصير ابتداء أو انتهاء

ـــــــــــــــQأن الضمير للزوج وقال الرشيدي الظاهر أن الضمير للولد أي: مات في بطنها اهـ.

ولعله استروح ولم يراجع لكتب المذهب (قوله: أثناءها) أي: العدة يعني قبل الوضع (قوله: والقول إلخ) فلو قالت وضعت اليوم فلي نفقة شهر قبله وقال بل وضعت من شهر قبله صدقت؛ لأن الأصل عدم الوضع وبقاء النفقة اهـ.

أسنى (قول المتن لحامل عن شبهة) أي: وهي غير مزوجة أما المنكوحة إذا حبلت من الواطئ بالشبهة فإن أوجبنا النفقة على الوطء سقطت عن الزوج قطعا وإلا فعلى الأصح في الروضة ولو كان زوج الحامل البائن رقيقا فإن قلنا النفقة لها وجبت؛ لأنها تجب على المعسر، وإلا فلا قال المتولي: لو أبرأت الزوج من النفقة إن قلنا أنها لها سقطت وإلا فلا (تنبيه) لا نفقة لحامل مملوكة له أعتقها بناء على أنها للحامل اهـ.

مغني (قوله: لها) أي: الحامل عن نكاح فاسد اهـ.

مغني (قوله: وهي في عدة طلاق رجعي) ؛ لأنها تنتقل إلى عدة الوفاة بخلاف عدة البائن؛ لأنها لا تنتقل إلى عدة الوفاة فيستصحب وجوب المؤنة لها اهـ.

سم (قول المتن وإن كانت حاملا) أي: وإن كان للحمل جد؛ لأن النفقة لها لا له وهي قد بانت بالوفاة، والقريب تسقط مؤنته بها اهـ.

ع ش

(قوله: اعتراف ذي العدة إلخ) أي ومع ذلك إذا تبين عدمه استرده؛ لأنه أدى على ظن تبين خطؤه ع ش ومغني انظر هل يقيد بما إذا لم تكن محبوسة عنده أخذا مما مر قبيل قول المتن، والحائل البائن (قوله: مؤاخذة إلخ) ثم لو ادعت حينئذ سقوط الحمل هل تصدق هي، أو الزوج؟ فيه نظر وينبغي أن يقال: إن أقامت بينة على ذلك عمل بها وإلا صدق الزوج؛ لأن الأصل عدم الوجوب اهـ.

ع ش (قوله: ولو بقول أربع إلخ) أي: أو تصديقه لها اهـ.

مغني (قوله: من حين العلوق) الأولى من حين الفراق (قوله: وردوه إلخ) عبارة المغني، والخلاف مبني على أن الحمل يعلم أم لا، والأظهر أنه يعلم وعليه لو ادعت ظهوره فأنكر فعليها البينة ويكفي فيه شهادة النساء فيثبت بأربع نسوة عدول ولهن

أن يشهدن بالحمل وإن كان لدون ستة أشهر إذا عرفن اهـ.

(قول المتن ولا تسقط) أي: نفقة العدة بمضي الزمان أي: من غير إنفاق فتصير دينا عليه اهـ.

مغني (قوله: ومحله إلخ) إن كان ضميره راجعا إلى إفتاء أبي زرعة فلا يظهر توجيهه فليتأمل وإن كان للمنازعة التي أشار إليها فظاهر ويكون حاصله أنه إذا حكم بموجب البينونة أثر في المستقبل كما هو شأن **الحكم بالموجب** وإلا فلا اهـ.

سيد عمر وجزم الكردي بالثاني عبارته أي: محل كون ما هنا نظيرا له إن حكم هنا بموجب البينونة فتأتي هنا أيضا تلك المنازعة وأما إذا حكم بسقوط النفقة فلا اهـ.

[فصل في حكم الإعسار بمؤن الزوجة إذا أعسر الزوج بها]

(فصل) في حكم الإعسار (قوله: في حكم الإعسار) إلى قول المتن حضر، أو غاب في النهاية (قوله: في حكم الإعسار إلخ) أي: وما يتبع ذلك كخروجها لتحصيل النفقة مدة الإمهال وقوله: بمؤن الزوجة أراد بها ما يشمل المهر اهـ.

ع ش (قوله: الزوج) أي: أو من يقوم مقامه من فرع، أو غيره اهـ.

مغني (قوله: أي: النفقة) أي: المستقبلة اهـ.

مغني (قوله: فإن صبرت زوجته) أي: وأنفقت على نفسها من مالها، أو مما اقترضته، والرجعية كالتي في العصمة قاله إبراهيم المروزي اهـ.

مغني (قوله: ولم تمتعه إلخ) فإن متعته لم تصر دينا عليه قاله الرافعي في الكلام على الإمهال اهـ.

مغني (قوله: ما عدا المسكن إلخ) أي: والخادم ع ش وسم ورشيدي وسيد عمر

ــــــsقوله: ولا بموته أثناءها إلخ) عبارة الروض: ولو مات الرجل قبل الوضع لم تسقط والقول في تأخر تاريخ الوضع قول مدعيه. اهـ. (قوله في المتن: وفي قول للحمل) قال في التنبيه: فلا يجب إلا على من تجب عليه نفقة الولد قال ابن النقيب: فإن كان المطلق أو الحمل رقيقا لم يجب على هذا القول، ويجب على الأول. اهـ. (قوله: وهي في عدة طلاق رجعي) ؛ لأنها تنتقل إلى عدة الوفاة بخلاف عدة البائن؛ لأنها لا تنتقل إلى عدة الوفاة فيستصحب وجوب المؤنة لها.

(فصل) في حكم الإعسار بمؤن الزوجة (قوله: فإن صبرت) أي: ثم أرادت الفسخ فعلم أن رضاها بذمته." (١)

"إليه، وإلا كإبطال نظره فالأوجه الجواز، فإن حكم بالثبوت كان حكما بتعديلها وسماعها فلا يحتاج حاكم آخر إلى النظر فيها كذا قاله الشارح. وقضيته أن الثبوت بلا حكم لا يحصل ذلك، لكن قضية كلام غيره بل صريحه خلافه. وعبارة شيخنا: الثبوت ليس حكما بالثابت وإنما هو حكم بتعديل البينة وقبولها وجريان ما شهدت به، وفائدته عدم احتياج حاكم آخر إلى النظر فيها انتهت.

قال: وفيما إذا ثبت الحق كثبت عندي وقف هذا على الفقراء هو، وإن لم يكن حكما، لكنه في معناه فلا يصح رجوع

---

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج وحواشي الشرواني والعبادي ابن حجر الهيتمي ٨/٣٣٥

الشاهد بعده، بخلاف ثبوت سببه كوقف فلان لتوقفه على نظر آخر، ومن ثم يمتنع على الحاكم الحكم به حتى ينظر في شروطه، وقال أيضا: والتنفيذ بشرطه إلا ما غلب في زمننا حكم وفائدته التأكيد للحكم قبله. ويجوز تنفيذ الحكم في البلد قطعا من غير دعوى، ولا حلف في نحو غائب، بخلاف تنفيذ الثبوت المجرد فيها، فإن فيه خلافا، والأوجه جوازه بناء على أنه حكم بقبول البينة. والحاصل أن تنفيذ الحكم لا يكون حكما من المنفذ إلا إن وجدت فيه شروط الحكم عنده، وإلا كان إثباتا لحكم الأول فقط.

وفي الفرق بين **الحكم بالموجب**، والحكم بالصحة كلام طويل للسبكي والبلقيني وأبي زرعة، وقد جمعته كله، وما فيه من نقد، ورد وزيادة في كتابي المستوعب في بيع الماء، **والحكم بالموجب** بما لم يوجد مثله فاطلبه فإنه مهم. ومنه أن **الحكم بالموجب** يتناول الآثار الموجودة، والتابعة لها بخلافه بالصحة فإنه إنما يتناول الموجودة فقط فلو حكم شافعي بموجب الهبة للفرع لم يكن للحنفي الحكم بمنع رجوع الأصل لشمول حكم الشافعي للحكم بجوازه

ــــــــQلا المعنى المفهوم من قوله: الآتي: والسجل ما تضمن إشهاده إلخ؛ إذ لا حكم هنا ولا تنفيذ بل ثبوت مجرد. اهـ. فتبين بها أن ذلك مستثنى من قوله: والفاسد أي: من جريان الثبوت المجرد فيما قصد إثبات فساده. (قوله: وإلا) أي: بأن احتيج إلى تسجيل الفسق اهـ سيد عمر. (قوله: وإلا كإبطال نظره إلخ) عبارة أدب القضاء لشيخ الإسلام: مسألة لا يجوز التسجيل بالفسق؛ لأن الفاسق يقدر على إسقاطه بالتوبة فلا فائدة فيه قاله الجرجاني ولعله عند عدم الحاجة إلى ذلك فأما عندها كإبطال نظره فيتجه الجواز، والتوبة إنما تنفع في المستقبل لا الماضي انتهت. اهـ. سم.

(قوله: فإن إلخ) تفريع على قوله: وقوله: ثبت إلخ ليس بحكم إلخ وقوله: حكم عبارة النهاية صرح. اهـ. (قوله: بالثبوت) أي: للحق، أو سببه (قوله: لا يحصل ذلك) أي: الحكم بتعديل البينة وسماعها. (قوله: وعبارة شيخنا إلخ) سيأتي عن المغني عند قول المتن: أو سجلا إلخ ما يوافقها مع زيادة. (قوله: وفائدته عدم احتياج حاكم آخر إلخ) عبارته في كتابه الآتي إشارته إليه وفائدة الثبوت عند الحاكم عدم احتياج حاكم آخر إلى النظر في البينة، وحكمه جواز نقله فوق مسافة العدوى، ثم قال عن السبكي: ونقل الثبوت في البلد فيه خلاف، والمختار عندي في القسم الثاني أي وهو ما إذا كان الثابت الحق القطع بجواز النقل وتخصيص محل الخلاف بالأول أي: وهو ما إذا كان الثابت السبب، والأولى فيه الجواز أيضا وفاقا للإمام تفريعا على أنه حكم بقبول البينة انتهت. اهـ. سم.

(قوله: هو) أي: قول الحاكم: ثبت عندي إلخ. (قوله: وإن) لم يكن حكما أي: فلا يرفع الخلاف. اهـ. رشيدي. (قوله: في معناه) أي الحكم. اهـ. ع ش. (قوله: كوقف فلان) هو بصيغة الفعل الماضي. اهـ. رشيدي أي: بذكر الوقف، والواقف دون الموقوف عليه (قوله: فيها) أي: البلدة. (قوله: فإن فيه) أي: التنفيذ في البلدة. (قوله: فإن فيه خلافا إلخ) تقدم عن السبكي ما يتعلق به. (قوله: بناء على أنه) أي: الثبوت المجرد عن الحكم (قوله: لا يكون حكما إلخ) أي ولهذا لم يشترط فيه تقدم دعوى. اهـ. رشيدي. (قوله: إلا إن وجدت فيه شروط الحكم) أي: بأن يتقدمه دعوى وطلب من الخصم وغير ذلك من المعتبرات. اهـ. رشيدي. (قوله: عنده) عبارة النهاية عندنا. اهـ. (قوله: بين **الحكم بالموجب** إلخ) سيأتي عن المغني عند قول المتن: وسجلا إلخ زيادة بسط متعلق بهما. (قوله: بالموجب) بفتح الجيم. (قوله: وزيادة) بالجر عطفا على نقد،

ويحتمل نصبه على أنه مفعول معه لجمعته. (قوله: المستوعب) بكسر العين نعت لكتابي وقوله: بما لم يوجد إلخ متعلق بالمستوعب، وما واقعة على الاستيعاب.

(قوله: ومنه) أي: من الفرق. (قوله: أن الحكم) إلى قوله: فلو حكم في النهاية. (قوله: بخلافه) أي الحكم. (قوله: فإنه) أي: الحكم بالصحة. (قوله: لم يكن للحنفي الحكم بمنع رجوع الأصل) أي فرجوع الأصل من الآثار التابعة فيشمله **الحكم بالموجب** دون الحكم بالصحة بخلاف ملك ذلك الموهوب الخاص فإنه من الآثار الموجودة فيشمله الحكم بالصحة أيضا. اهـ. سم. (قوله:

ـــــــsلا المعنى المفهوم من قوله الآتي في الصفحة الآتية: والسجل ما تضمن إشهاده إلخ؛ إذ لا حكم، ولا تنفيذ، بل ثبوت مجرد. (قوله: وإلا كإبطال نظره فالأوجه إلخ) عبارة أدب القضاء لشيخ الإسلام: مسألة لا يجوز التسجيل بالفسق؛ لأن الفاسق يقدر على إسقاطه بالتوبة فلا فائدة فيه قال الجرجاني: ولعله عند عدم الحاجة إلى ذلك وأما عندها كإبطال نظره فيتجه الجواز، والتوبة إنما تمنع في المستقبل لا في الماضي. اهـ. (قوله: وفائدته عدم احتياج حاكم آخر إلى النظر فيها) عبارته في كتابه الآتي إشارته إليه وفائدة الثبوت عند الحاكم عدم احتياج حاكم آخر إلى النظر في البينة، وحكمه جواز نقله فوق مسافة العدوى، ثم قال عن السبكي: ونقل الثبوت في البلد فيه خلاف، والمختار عندي في القسم الثاني أي وهو ما إذا كان الثابت الحق القطع بجواز النقل وتخصيص محل الخلاف بالأول أي: وهو ما إذا كان الثابت السبب، والأولى فيه الجواز أيضا وفاقا للإمام تفريعا على أنه حكم بقول البينة. اهـ.

(قوله: والحاصل أن تنفيذ الحكم) كتب عليه م ر. (قوله: لم يكن للحنفي الحكم بمنع رجوع الأصل) أي: فرجوع الأصل من الآثار التابعة فيشمله **الحكم بالموجب** دون الحكم بالصحة بخلاف ملك." (١)

"أو بصحتها لم يمنعه من ذلك ولو حكم حنفي بصحة التدبير لم يمنع الشافعي من الحكم بصحة بيع المدبر، أو بموجبه منعه، أو مالكي بصحة البيع لم يمنع الشافعي من الحكم بخيار المجلس مثلا، أو بموجبه منعه ومنع العاقدين من الفسخ به؛ لاستلزامه نقض حكم الحاكم مع نفوذه ظاهرا وباطنا كما يأتي. ولو حكم شافعي بموجب إقرار بعدم الاستحقاق منع الحنفي من الحكم بعدم قبول دعوى السهو؛ لأن موجبه مفرد مضاف لمعرفة فيعم فكأنه قال: حكمت بكل مقتضى من مقتضياته، ومنها سماع دعوى السهو، أو بموجب بيع فبان أن البائع وقفه قبل البيع على نفسه فضمن حكمه إلغاء الوقف فيمتنع على الحنفي الحكم بصحته. ولو حكم شافعي بصحة البيع لم يمنع الحنفي من الحكم بشفعة الجوار في المبيع، أو بموجبه منعه أو مالكي بصحة قرض لم يمنع الشافعي من الحكم بجواز رجوع المقرض في عينه ما دامت باقية بيد المقترض، أو بموجبه منعه وذلك؛ لأن الحكم بما ذكر بعد الحكم بالصحة في الكل لا ينافيه بل يترتب عليه؛ فليس فيه نقض له بخلافه بالموجب ولهذا آثره الأكثرون، وإن كان الأول أقوى من حيث إنه يستلزم الحكم بملك العاقد مثلا، ومن ثم امتنع على الحاكم الحكم بها إلا بحجة تفيد الملك، بخلاف **الحكم بالموجب.**

وفي فتاوى القاضي لو وهب آخر شقصا مشاعا فباعه المتهب فرفعه الواهب لحنفي فحكم ببطلان الهبة فرفع المشتري البائع

---

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج وحواشي الشرواني والعبادي ابن حجر الهيتمي ١٤١/١٠

لشافعي وطالبه بالثمن فحكم بصحة البيع نفذ وامتنع على الحنفي إلزام البائع بالثمن أي: لأن ما حكم به الشافعي قضية أخرى لم يشملها حكم الحنفي الأول فلم يكن له نقض حكم الشافعي ولو حكم بالصحة ولم يعلم هل استند لحجة بالملك، أو لا؟ حملنا حكمه على الاستناد؛ لأنه الظاهر، نعم لو قيل بأن محله في قاض موثوق بدينه وعلمه لم يبعد. ويجري ذلك في كل حكم أجمل ولم يعلم استيفاؤه لشروطه فلا يقبل إلا ممن ذكر فيما يظهر أيضا، ثم رأيت ما قدمته قبل العارية، وهو صريح في ذلك (تنبيه)

من المشكل حكاية الرافعي وجهين في أنه هل يصح أن يلزم القاضي الميت بموجب إقراره في حياته؟ ؛ إذ لا خلاف أنه يجب إخراج ما أقر به من تركته عينا كان أو دينا وحمله السبكي على ما إذا ادعي على رجل فأقر ثم مات قبل الحكم عليه هل يحكم عليه بإقراره الأول أو يحتاج إلى إنشاء دعوى على الوارث قال: فينبغي أن يكون هذا محل الوجهين وليس من جهة لفظ الموجب.

. (أو) سأله المدعي ومثله المدعى عليه نظير ما مر (أن يكتب له) بقرطاس أحضره من عنده حيث لم يكن من بيت المال (محضرا) بفتح الميم (بما جرى من غير حكم، أو سجلا بما حكم استحب إجابته) ؛ لأنه مذكور وإنما لم يجب؛ لأن الحق يثبت بالشهود لا بالكتاب (وقيل: يجب) توثقة لحقه، نعم إن تعلقت الحكومة بصبي، أو مجنون له، أو عليه وجب التسجيل جزما وألحق بهما الزركشي الغائب

ـــــــQأو بصحتها لم يمنعه من ذلك) أي لو حكم شافعي بصحة الهبة لم يمنع ذلك الحكم الحنفي من الحكم بمنع رجوع الأصل. (قوله: أو بموجبه) أي: التدبير منعه أي: منع حكم الحنفي الشافعي من الحكم بصحة بيع المدبر (قوله: لاستلزامه) أي: حكم الشافعي بخيار المجلس. (قوله: بموجب إقرار إلخ) الأولى ليظهر قوله: الآتي مفرد مضاف لمعرفة إلخ بموجب الإقرار بالتعريف (قوله: ومنها) أي: من مقتضيات الإقرار. (قوله: أو بموجب بيع إلخ) انظر الحكم هنا بالصحة. اهـ. سم ويظهر أخذا من التعليل الآتي وقوله: هناك، وإن كان الأول أقوى إلخ إن الحكم بالصحة **كالحكم بالموجب** في إفادة إلغاء الوقف الآتي بل أولى؛ إذ هنا إفادة الثاني إلغاء الوقف بسبب تضمنه للأول المفيد كون البائع مالكا لما باعه، والله أعلم.

(قوله: فليس فيه) أي: في الحكم بما ذكر إلخ نقض له أي للحكم بالصحة. (قوله: بخلافه) أي: الحكم بما ذكر بالموجب فيه إيجاز مخل وحق التعبير بعد **الحكم بالموجب** (قوله: وإن كان الأول) إلى قوله فيما يظهر في النهاية إلا قوله: وفي فتاوى القاضي إلى ولو حكم. (قوله: من حيث إنه يستلزم الحكم بملك العاقد إلخ) أي: دون **الحكم بالموجب** كما يأتي عن المغني بزيادة بسط. (قوله: وامتنع على الحنفي إلزام البائع بالثمن) أي: فيفوت الثمن على المشتري. (قوله: لم يشملها إلخ) لعل مما يوضح ذلك أن بطلان الهبة السابقة لا يستلزم بطلان البيع لجواز أن يستند إلى مسوغ آخر غير الهبة السابقة كتملك آخر بسبب من أسباب التمليك. اهـ. سم قضيته أنه لو اعترف البائع بأن المسوغ هو الهبة السابقة فقط يلزم عليه رد الثمن إلى المشتري فليراجع.

(قوله: ولو حكم إلخ) كلام مستأنف، والضمير لمطلق القاضي. (قوله: لو قيل بأن محله في قاض إلخ) عبارة النهاية نعم يتجه أن يكون محله في قاض موثوق بدينه وعلمه ككل حكم أجمل إلخ. (قوله: إذ لا خلاف إلخ) علة للإشكال. (قوله: وحمله)

أي: ما حكاه الرافعي من الوجهين. (قوله: هل يحكم عليه إلخ) اختاره المغني عبارته وله الحكم على ميت بإقراره حيا في أحد وجهين رجحه الأذرعي. اهـ. (قوله: أن يكون هذا) أي: ما إذا ادعي على رجل فأقر، ثم مات قبل الحكم عليه. (قوله: وليس) أي: الخلاف.

. (قوله: سأله المدعي) إلى قوله: وألحق بهما في المغني وإلى قوله إجماعا في النهاية (قوله: نظير ما مر) أي: في شرح والإشهاد به لزم. (قوله: حيث لم يكن من بيت المال) عبارة المغني من عنده: أو من بيت المال. اهـ.

(قول المتن: أو سجلا بما حكم إلخ) اعلم أن لألفاظ الحكم المتداولة في التسجيلات مراتب أدناها الثبوت المجرد وهو أنواع: ثبوت اعتراف المتبايعين مثلا بجريان البيع، وثبوت ما قامت به البينة من ذلك، وثبوت نفس الجريان وهذا كله ليس بحكم كما صححاه في باب

ــــــــS ذلك الموهوب الخاص فإنه من الآثار الموجودة فيشمله الحكم بالصحة أيضا. (قوله: أو بموجب بيع) انظر الحكم هنا بالصحة. (قوله: لم يشملها إلخ) لعل مما يوضح ذلك أن بطلان الهبة السابقة لا يستلزم بطلان البيع لجواز أن يستند إلى مسوغ له آخر غير الهبة السابقة لتملك آخر بسبب من أسباب التمليك. (قوله: ولو حكم بالصحة ولم يعلم هل استند لحجة؟) كتب عليه م ر وقوله: نعم لو قيل بأن محله في قاض كتب عليه م ر وقوله يجري." (١)

". . . . .

ــــــــQ القضاء على الغائب ونقله في البحر عن نص الأم وأكثر الأصحاب؛ لأنه إنما يراد به صحة الدعوى وقبول الشهادة فهو بمثابة سمعت البينة وقبلتها ولا إلزام في ذلك، والحكم إلزام وأعلاها الثبوت مع الحكم، والحكم أنواع ستة: الحكم بصحة البيع مثلا، والحكم بموجبه، والحكم بموجب ما ثبت عنده، والحكم بموجب ما قامت به البينة عنده، والحكم بموجب ما أشهد به على نفسه، والحكم بثبوت ما شهدت به البينة. وأدنى هذه الأنواع هذا السادس وهو الحكم بثبوت ما شهدت به البينة؛ لأنه لا يزيد على أن يكون حكما بتعديل البينة. وفائدته عدم احتياج حاكم آخر إلى النظر فيها وجواز النقل في البلد. وأعلاها الحكم بالصحة، أو بالموجب أعني الأولين وأما هذان فلا يطلق القول بأن أحدهما أعلى من الآخر بل يختلف ذلك باختلاف الأشياء ففي شيء يكون الحكم بالصحة أعلى من **الحكم بالموجب** وفي شيء يكون الأمر بالعكس، فإذا كانت يختلف فيها وحكم بها من يراها كان حكمه بها أعلى من حكمه بالموجب؛ مثاله بيع المدبر مختلف في صحته فالشافعي يرى صحته، والحنفي يرى فساده فإذا حكم بصحته شافعي كان حكمه بها أعلى من حكمه بموجب البيع؛ لأن حكمه في الأول حكم بالمختلف به قصدا وفي الثاني يكون حكمه به ضمنا؛ لأنه في الثاني إنما حكم قصدا بترتب أثر البيع عليه واستتبع هذا الحكم الحكم بالصحة؛ لأن أثر الشيء إنما يترتب عليه إذا كان صحيحا.

ومثل هذا تعليق طلاق المرأة على نكاحها فالشافعي يرى بطلانه، والمالكي يرى صحته فلو حكم بصحته مالكي صح واستتبع حكمه به الحكم بوقوع الطلاق إذا وجد السبب وهو النكاح بخلاف ما لو حكم بموجب التعليق المذكور فإنه يكون

---

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج وحواشي الشرواني والعبادي ابن حجر الهيتمي ١٠/١٤٢

حكمه متوجها إلى وقوع الطلاق قصدا لا ضمنا فيكون لغوا؛ لأن الوقوع لم يوجد فهو حكم بالشيء قبل وجوده فلا يمنع الشافعي أن يحكم بعد النكاح ببقاء العصمة وعدم وقوع الطلاق وإذا كان الشيء متفقا على صحته، والخلاف في غيرها كان الأمر بالعكس أي: يكون **الحكم بالموجب** فيه أعلى من الحكم بالصحة، مثاله التدبير متفق على صحته فإذا حكم الحنفي بصحته لا يكون حكمه مانعا للشافعي من الحكم بصحة بيعه بخلاف ما لو حكم الحنفي بموجب التدبير فإن حكمه بذلك يكون حكما ببطلان بيعه فهو مانع من حكم الشافعي بصحة بيعه وهل يكون حكم الشافعي بموجب التدبير حكما بصحة بيعه حتى لا يحكم الحنفي بفساده؟ الظاهر كما قال الأشموني لا؛ لأن جواز بيعه ليس من موجب التدبير بل التدبير ليس مانعا منه ولا مقتضيا له نعم جواز بيعه من موجبات الملك فلو حكم شافعي بموجب الملك فالظاهر أنه يكون مانعا للحنفي من الحكم ببطلان بيعه؛ لأن الشافعي حينئذ قد حكم بصحة البيع ضمنا.

ومثل التدبير بيع الدار المتفق على صحته فإذا حكم الشافعي بصحته لا يكون حكمه مانعا للحنفي من الحكم بشفعة الجوار وإذا حكم بموجب البيع كان حكمه به مانعا للحنفي من ذلك ولو حكم شافعي بصحة إجارة لا يكون حكمه مانعا للحنفي من الحكم بفسخها بموت أحد المتآجرين، وإن حكم الشافعي فيها بالموجب فالظاهر خلافا لبعضهم أن حكمه يكون مانعا للحنفي من الحكم بالفسخ بعد الموت؛ لأن حكم الشافعي بالموجب قد يتناول الحكم بانسحاب بقاء الإجارة ضمنا، وقد بان لك أن الحكم بالصحة يستلزم الصحة بالموجب وعكسه، وهذا غالب لا دائم فقد يتجرد كل منهما عن الآخر. مثال تجرد الصحة البيع بشرط الخيار فإنه صحيح ولم يترتب عليه أثره فيحكم فيه بالصحة ولا يحكم فيه بالموجب. ومثال تجرد الموجب الخلع، والكتابة على نحو خمر فإنهما فاسدان ويترتب عليهما أثرهما من البينونة، والعتق ولزوم مهر المثل، والقيمة فيحكم فيهما بالموجب دون الصحة، وكذا الربا، والسرقة ونحوهما يحكم فيه بالموجب دون الصحة ويتوقف الحكم بموجب البيع مثلا كما أوضحته على ثبوت ملك المالك وحيازته وأهليته وصحة صيغته في مذهب الحاكم.

وقال ابن قاسم أخذا من كلام ابن شهبة: والفرق بين الحكم بالصحة، **والحكم بالموجب** أن **الحكم بالموجب** يستدعي صحة الصيغة وأهلية التصرف، والحكم بالصحة يستدعي ذلك وكون التصرف صادرا في محله. وفائدته في الأثر المختلف فيه فلو وقفه على نفسه وحكم بموجبه حاكم كان حكما منه بأن الواقف من أهل التصرف. وصيغة وقف على نفسه صحيحة حتى لا يحكم ببطلانها من يرى الإبطال وليس حكما بصحة وقفه

ـــــــsذلك في كل حكم أجمل كتب عليه م ر.." (١)

"جاز ذلك خلافا لابن العماد في الثانية؛ لما مر من أنه يرى نفوذ حكم المخالف باطنا. وكحكم المخالف فيما ذكر إثباته إن كان معتقده أنه حكم كما هو ظاهر مما تقرر أن العبرة بعقيدته لا بعقيدة من أنهي إليه حكم ويظهر أنه لا أثر لكون المخالف يعتقد أن الحكم إنما ينفد ظاهرا فقط بل العبرة في هذا باعتقاد المنهي إليه كالشافعي. ويفرق بأن هذا هو المبيح للإقدام على العمل بقضية حكم المخالف فنظر لاعتقاد الثاني في هذا بخصوصه دون ما عداه.

---

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج وحواشي الشرواني والعبادي ابن حجر الهيتمي ١٤٣/١٠

. (ولا يقضي) أي: لا يجوز له القضاء (بخلاف علمه) أي: ظنه المؤكد على ما قاله شارح أخذا مما يأتي عقبه، ويحتمل الفرق (بالإجماع) على نزاع فيه منشؤه أن الوجوه هل تخرق الإجماع؟ والوجه أنا إن قلنا: لازم المذهب مذهب خرقته، وإلا وهو الأصح فلا وذلك كما إذا شهدا برق، أو نكاح، أو ملك من يعلم حريته، أو بينونتها أو عدم ملكه؛ لأنه قاطع ببطلان الحكم به حينئذ، والحكم بالباطل محرم، ولا يجوز له القضاء في هذه الصورة بعلمه؛ لمعارضة البينة له مع عدالتها ظاهرا، ولا يلزم من علمه خلاف ما شهدا به تعمدهما المفسق لهما وبه فارق قولهم: لو تحقق جرح شاهدين ردهما وحكم بعلمه المعارض لشهادتهما. قيل: صواب المتن بما يعلم خلافه فإن من يقتضي بشهادة من لا يعلم صدقهما، ولا كذبهما قاض، بخلاف علمه، وهو نافذ اتفاقا. اهـ، وهو عجيب فإنه فرضه فيمن لا يعلم صدقا، ولا كذبا فكيف يصح أن يقال: إن هذا قضى، بخلاف علمه حتى يرد على المتن فالصواب صحة عبارته. ثم رأيت البلقيني رده بما ذكرته فقال: هذا الاعتراض غير صحيح؛ لأن الذي يقضي به هو ما يشهدان به لا صدقهما فلم يقض حينئذ، بخلاف علمه، ولا بما يعلم خلافه فالعبارتان مستويتان. اهـ. (فرع)

علم مما مر أن من قال: إن تزوجت فلانة فهي طالق ثلاثا فتزوجها وحكم له شافعي بصحة النكاح، أو موجبه تضمن الحكم إبطال ذلك التعليق، وإن لم يذكره في حكمه؛ لأن المعتمد أن الحكم بالصحة **كالحكم بالموجب** في تناول جميع الآثار المختلف فيها، لكن إن دخل وقت الحكم بها كما هنا فإن من آثارهما هنا أن الطلاق السابق تعليقه على النكاح لا يرفعه. ولو حكم حنفي مثلا قبل العقد بصحة ذلك التعليق جاز للشافعي

ـــــــQجاز ذلك) أي: التزويج المذكور (قوله: من أنه) أي: الشافعي (قوله: وكحكم المخالف) خبر مقدم لقوله: إثباته (قوله: فيما ذكر) أي: في النفوذ باطنا وجواز التنفيذ وإلزام العمل. (قوله: إثباته) أي: قول المخالف ثبت عندي ونحوه. اهـ. سيد عمر. (قوله: معتقده) أي المخالف. (قوله: بأن هذا) أي اعتقاد أن الحكم المترتب على أصل صادق ينفذ باطنا أيضا.

. (قوله: أي: لا يجوز) إلى قوله: ولا يلزم في النهاية إلا قوله: على ما قاله إلى وذلك (قوله: أي: ظنه إلخ) لعل الأوجه تفسير العلم بما يشمل العلم، والظن؛ إذ قد يحصل له حقيقة العلم، أو الظن لا بخصوص الظن لخروج العلم. اهـ. سم. (قوله: على نزاع فيه منشؤه إلخ) عبارة المغني: اعترض على المصنف دعواه الإجماع بوجه حكاه الماوردي بأنه يحكم بالشهادة المخالفة لعلمه وأجيب بأن لنا خلافا في أن الأوجه تقدح في الإجماع بناء على أن لازم المذهب هل هو مذهب، أو لا، والراجح أنه ليس بمذهب فلا يقدح. اهـ (قوله: وذلك) أي: خلاف علمه. (قوله: لأنه قاطع إلخ) علة لما في المتن. (قوله: في هذه الصورة) أي: فيما لو قامت عنده بينة بخلاف علمه اهـ مغني. (قوله: لمعارضة البينة له إلخ) فيمتنع عليه الحكم بشيء منهما. اهـ. مغني.

(قوله: خلاف ما شهدا به) مفعول علمه وقوله: تعمدهما إلخ فاعل لا يلزم وقوله: المفسق إلخ نعت لتعمدهما. (قوله: وبه) أي بقوله: ولا يلزم من علمه إلخ (قوله: صواب المتن) إلى قوله: انتهى في المغني إلا أنه قال: الأولى أن يعبر بما يعلم خلافه كالماوردي وغيره فإن إلخ. (قوله: وهو عجيب إلخ) أقول: لقائل أن يقول: ليس بعجيب؛ لأن قوله: بخلاف علمه في المعنى من قبيل السلب البسيط؛ لأنه في المعنى بمعنى ما لا يوافق علمه ومن المشهور صدق السلب مع انتفاء الموضوع فما لا يوافق

علمه صادق مع انتفاء علمه فالقضاء بخلاف علمه يصدق بالقضاء بشهادة من لا يعلم صدقه ولا كذبه. اهـ. سم ولك أن تمنع قوله: لأنه في المعنى إلخ بأن المتبادر من خلاف العلم ضد العلم فيقتضي تحقق العلم وإنما يظهر ما قال المصنف بغير علمه، والفرق بين التعبيرين ظاهر.

(قوله: صدقا إلخ) مفعول لا يعلم. (قوله: لا صدقهما) عطف على ما يشهدان به، لكن ما يفهمه من أنه لو فرض كونه محكوما به لما صح التفريع الآتي فيه نظر. (قوله: مما مر) أي: في الفرق بين **الحكم بالموجب**، والحكم بالصحة. (قوله: تضمن) أي: حكم الشافعي المذكور. (قوله: وإن لم يذكره) أي: الإبطال. (قوله: وقت الحكم بها) فاعل دخل، والضمير للآثار (قوله: فإن من آثارها) أي: الحكم بالصحة، **والحكم بالموجب** وكان الأولى إفراد الضمير بإرجاعه للنكاح.

(قوله: فإن من آثارها هنا أن الطلاق السابق إلخ) يتأمل هذا الكلام، ويراجع فإن الصحة لا تنافي الوقوع المعلق بها بل تقتضيه كاقتضاء الشرط للجزاء. اهـ. سم أقول قد مر عن المغني ما يوافق كلام الشارح وأيضا في حاشية قول المتن: أو سجلا بما حكم إلخ إن قوله: فإن الصحة لا تنافي إلخ ممنوع بالنسبة إلى عقيدة الحاكم الشافعي فإن عقيدته عدم تأثر النكاح بالتعليق السابق عليه. (قوله: مثلا) أي: أو مالكي. (قوله: جاز للشافعي إلخ) خلافا للمغني كما مر في حاشية، أو سجلا بما حكم إلخ

ــــــS بصحته.

. (قوله: أي ظنه) لعل الأوجه تفسير العلم بما يشمل العلم ويشمل الظن؛ إذ قد يحصل له حقيقة العلم، أو الظن لا بخصوص الظن لخروج العلم. (قوله: وهو عجيب) أقول: لقائل أن يقول: إنه ليس بعجيب؛ لأن قوله: بخلاف علمه في المعنى من قبيل السلب البسيط؛ لأنه في المعنى بمعنى ما لا يوافق علمه ومن المشهور صدق السلب البسيط مع انتفاء الموضوع؛ فما لا يوافق علمه صادق مع انتفاء علمه فالقضاء بخلاف علمه يصدق بالقضاء بشهادة من لا يعلم صدقه، ولا كذبه فليتأمل. (قوله: فإن من آثارها هنا أن الطلاق السابق تعليقه إلخ) يتأمل هذا." [1]

"إلا قدر حصته؛ لأن التغرير من جهته إنما هو فيه لا غير (تنبيه) .

قد يتوهم من المتن أن القرعة شرط لصحة القسمة وليس مرادا كما يفهمه قوله السابق فيجبر الممتنع فتعدل السهام إلى آخره فلم يجعل التعديل إلا عند الإجبار، ومفهومه أن الشريكين لو تراضيا بقسمة المشترك جاز ولو بلا قرعة كما في الشامل والبيان وغيرهما فلو قسم بعضهم في غيبة الباقين وأخذ قسطه فلما علموا قرروه صحت لكن من حين التقرير قاله ابن كبن

(فرع) .

طلب أحد الشركاء من الحاكم قسمة ما بأيديهم لم يجبهم حتى يثبتوا ملكهم وإن لم يكن لهم منازع؛ لأن تصرف الحاكم في قضية طلب منه فصلها حكم وهو لا يكون بقول ذي الحق وسمعت البينة وهي هنا غير شاهد ويمين مع عدم سبق دعوى

---

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج وحواشي الشرواني والعبادي ابن حجر الهيتمي ١٠/١٤٧

للحاجة؛ ولأن القصد منعهم من الاحتجاج بعد بتصرف الحاكم وأخذ البلقيني من هذا أنه لا يحكم بموجب بيع أقرا به أو أقاما بينة بمجرد صدوره منهما. اهـ.

وإنما يتضح إن كان **الحكم بالموجب** يستلزم الحكم بالصحة المقتضية لثبوت الملك وليس كذلك كما مر

(كتاب الشهادات) .

جمع شهادة وهي اصطلاحا إخبار الشخص بحق على غيره بلفظ خاص والأصل فيها قبل الإجماع قوله تعالى ﴿واستشهدوا شهيدين من رجالكم﴾ [البقرة: ٢٨٢] ﴿وأشهدوا إذا تبايعتم﴾ [البقرة: ٢٨٢] وهو أمر ندب إرشادي وخبر الصحيحين «ليس لك إلا شاهداك أو يمينه» وخبر «أكرموا الشهود فإن الله تعالى يدفع بهم الحقوق ويستخرج بهم الباطل» ضعيف بل قال الذهبي: إنه منكر وأركانها شاهد ومشهود له، وعليه، وبه، وصيغة وكلها تعلم من كلامه إلا الصيغة وهي لفظ أشهد لا غير كما يأتي

(شرط الشاهد) أوصاف تضمنها قوله (مسلم حر مكلف عدل ذو مروءة غير متهم) ناطق رشيد متيقظ فلا تقبل شهادة أضداد هؤلاء ككافر ولو على مثله؛ لأنه أخس الفساق وخبر «لا تقبل

ـــــــــــــــــQنهاية. (قوله: كما يفهمه) أي: عدم الإرادة. (قوله: لكن من حين التقرير) أي فلو وقع منه تصرف فيما خصه قبل التقرير كان باطلا. اهـ.

ع ش

(قوله: طلب الشركاء) إلى قوله وسمعت البينة في المغني. (قوله: لم يجبهم) أي لم تجب إجابتهم كذا في البجيرمي عن الشوبري وفي هذا التفسير توقف بل التعليل الآتي وكذا كلام المغني والروض مع شرحه صريح في عدم جواز الإجابة عبارتهما وليس للقاضي أن يجيب جماعة إلى قسمة شيء مشترك بينهم حتى يقيموا بينة بملكهم سواء اتفقوا على طلب القسمة أو تنازعوا فيه؛ لأنه قد يكون في أيديهم بإجارة أو إعارة أو نحو ذلك فإذا قسمه بينهم فقد يدعون الملك محتجين بقسمة القاضي. اهـ.

(قوله: حتى يثبتوا ملكهم) خرج بإثبات الملك إثبات اليد؛ لأن القاضي لم يستفد به شيئا غير الذي عرفه وإثبات الابتياع أو نحوه؛ لأن يد البائع أو نحوه كيدهم. اهـ.

أسنى. (قوله: وهو إلخ) أي الحكم. (قوله: ذي الحق) أي اليد. (قوله: غير شاهد ويمين) وفاقا للنهاية وخلافا للمغني والأسنى عبارتهما ويقبل في إثبات الملك شاهد وامرأتان وكذا شاهد ويمين كما جزم به الدارمي واقتضاه كلام غيره وصوبه الزركشي وإن خالف فيه ابن المقري (خاتمة) .

لمن اطلع منهما على عيب في نصيبه أن يفسخ القسمة كالبيع ولا تصح قسمة الديون المشتركة في الذمم؛ لأنها إما بيع دين بدين أو إفراز ما في الذمة وكلاهما ممتنع، وإنما امتنع إفراز ما في الذمة لعدم قبضه وعلى هذا لو تراضيا على أن يكون ما في

ذمة زيد لأحدهما وما في ذمة عمرو للآخر لم يختص أحد منهما بما قبضه. اهـ.

(قوله: وأخذ البلقيني من هذا أنه إلخ) عبارة النهاية والأسنى وتخريج البلقيني من هذا إلخ مردود؛ لأن معنى **الحكم بالموجب** أنه إذا ثبت الملك صح فكأنه حكم بصحة الصيغة. اهـ. .

(قوله: من هذا) أي من قولهم طلب الشركاء قسمة ما بأيديهم لم يجبهم إلخ. (قوله: أقرا به أو أقاما بينة إلخ) عبارة النهاية والأسنى بمجرد اعتراف المتعاقدين بالبيع ولا بمجرد إقامة البينة عليهما بما صدر منهما. اهـ. .

(قوله: كما مر) أي في آداب القضاء

[كتاب الشهادات]

قدمت على الدعوى نظرا لتحملها بجيرمي. (قوله: جمع شهادة) مصدر شهد من الشهود بمعنى الحضور وقال الجوهري: الشهادة خبر قاطع والشاهد حامل الشهادة ومؤديها؛ لأنه مشاهد لما غاب عن غيره، وقيل: مأخوذ من الإعلام قال الله تعالى ﴿شهد الله أنه لا إله إلا هو﴾ [آل عمران: ١٨] أي أعلم وبين مغني. (قوله: بحق على غيره) تركه غيره ولعله لعدم الجمع بذلك. (قوله: بلفظ خاص) أي على وجه خاص بأن تكون عند قاض بشرطه رشيدي. (قوله: والأصل) إلى قوله وخبر لا تقبل في المغني إلا قوله: إلا الصيغة إلى المتن. (قوله: وخبر الصحيحين إلخ) وخبر «أنه - صلى الله عليه وسلم - سئل عن الشهادة فقال للسائل ترى الشمس قال نعم فقال على مثلها فاشهد أو دع» رواه البيهقي والحاكم وصحح إسناده مغني. (قوله: يدفع بهم الحقوق إلخ) عبارة المغني يستخرج بهم الحقوق ويدفع بهم الظلم. اهـ. .

(قوله: ضعيف) خبر قوله وخبر أكرموا إلخ. (قوله: وأركانها) إلى قوله ولو أخبر عدل الشاهد في النهاية إلا قوله: ولأحمد إلى ولا غير ذي مروءة وقوله ويؤخذ إلى ولو شهد له. (قوله: كما يأتي) أي في كلام الشارح ع ش

[شرط الشاهد]

(قول المتن شرط الشاهد) أي: شروطه مغني. (قوله: أوصاف تضمنها إلخ) دفع به ما يرد على المتن من حمل العين على المعنى (قول المتن مسلم) أي: ولو بالتبعية حر أي: ولو بالدار ذو مروءة بالهمز بوزن سهولة وهي الاستقامة مغني. (قوله: فلا تقبل شهادة أضداد هؤلاء ككافر) الأخصر الأولى ليظهر عطف ما يأتي فلا تقبل شهادة كافر إلخ كما في المغني. (قوله: ولو على مثله) خلافا لأبي حنيفة مطلقا ولأحمد في الوصية مغني. (قوله: وخبر لا تقبل

______S قوله: وإنما يتضح إن كان **الحكم بالموجب** يستلزم الحكم بالصحة إلخ) عبارة شرح الروض والأوجه خلاف ما قاله أي: البلقيني؛ لأن معنى **الحكم بالموجب** أنه إن ثبت الملك صح فكأنه حكم بصحة الصيغة انتهى

(كتاب الشهادات)." [1]

---

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج وحواشي الشرواني والعبادي ابن حجر الهيتمي ٢١١/١٠

"وإن ادعوا الغلط وتقبل البينة بعد الحكم بشهادتهما برجوعهما قبله وإن كذباها كما تقبل بفسقهما وقته أو قبله بزمن لا يمكن فيه الاستبراء ولا تقبل بعده برجوعهما من غير تعرض لكونه قبله أو بعده فيما يظهر ثم رأيت أبا زرعة قال في فتاويه ما ملخصه تقبل البينة بالرجوع؛ لأنه إما فاسق أو مخطئ ثم إن كان قبل الحكم امتنع أو بعده فإن كانت بمال غرماه وبقي الحكم اهـ. فعلم أنه ليس لهما بعد الرجوع وإن ثبت بالبينة وكذباها العود للشهادة مطلقا؛ لأنهما إما فاسقان إن تعمدا أو مخطئان وقد صرحوا بأن المخطئ لا تسمع منه إعادة الشهادة لكن بقيد مر أوائل الباب ويظهر أنه لا يأتي هنا.

(أو) رجعوا (بعده) أي: الحكم (وقبل استيفاء مال استوفي) أو قبل العمل بإثر عقد أو حل أو فسخ عمل به؛ لأن الحكم تم وليس هذا مما يسقط بالشبهة (أو) قبل استيفاء (عقوبة) لآدمي كقود وحد قذف أو لله كحد زنا وشرب (فلا) تستوفى؛ لأنها تسقط بالشبهة (أو بعد) أي: بعد استيفائها (لم ينقض) لجواز كذبهم في الرجوع فقط وليس عكس هذا أولى منه والثابت لا ينقض بأمر محتمل وبه يبطل ما قيل: بقاء الحكم بغير سبب خلاف الإجماع قال السبكي وليس للحاكم أن يرجع عن حكمه إن كان بعلمه أو ببينة كما قاله غيره ووجهه أن حكمه إن كان باطن الأمر فيه كظاهره نفذ ظاهرا وباطنا وإلا بأن لم يتبين الحال نفذ ظاهرا فلم يجز له الرجوع إلا إن بين مستنده فيه كما علم مما مر في القضاء، ومحل ذلك في الحكم بالصحة بخلاف الثبوت **والحكم بالموجب**؛ لأن كلا منهما لا يقتضي صحة الثابت ولا المحكوم به؛ لأن الشيء قد يثبت عنده ثم ينظر في صحته ولأن الحكم بالصحة يتوقف على ثبوت استيفاء شروطها عنده ومنها ثبوت ملك العاقد أو ولايته فحينئذ جاز له بل لزمه أن يرجع عن حكمه بها إن ثبت عنده ما يقتضي رجوعه عنه كعدم ثبوت ملك العاقد ويقبل قوله بان لي فسق الشاهد فينقض حكمه ما لم يتهم وقوله أكرهت على الحكم قبل ولو بغير قرينة على الإكراه اهـ. وقضية النظائر أنه لا بد منها إلا أن يفرق بأن فخامة منصب القاضي اقتضت ذلك وعليه فمحله في مشهور بالعلم والديانة لا كنت فاسقا أو عدوا للمحكوم عليه مثلا لاتهامه به (فإن كان المستوفى قصاصا) في نفس أو طرف (أو قتل ردة أو رجم زنا أو جلده) أي: الزنا ومثله جلد القذف (ومات)

ـــــــQالأربعة حد وحده عباب اهـ سم.

(قوله: وإن ادعوا الغلط) أي: لما فيه من التعيير وكان حقهما التثبت وكما لو رجعوا عنها بعد الحكم مغني. (قوله: وتقبل البينة إلخ) أي: وحينئذ يغرمان لثبوت رجوعهما كما اعتمده شيخنا الشهاب الرملي في هامش شرح الروض سم. (قوله: وقته إلخ) أي: الحكم. (قوله: ولا تقبل بعده إلخ) عبارة النهاية والأوجه عدم قبولها بعده إلخ كما دل على ذلك كلام العراقي في فتاويه اهـ. (قوله: قال ملخصه تقبل البينة إلخ) ظاهره القبول مع عدم التعرض المذكور سم وفيه نظر. (قوله: فعلم) أي: من قول أبي زرعة؛ لأنه إما فاسق أو مخطئ كما هو ظاهر صنيع الشارح أو من قول الشارح ولأنه لا يدري إلخ وهو قضية صنيع المغني. (قوله: مطلقا) أي: سواء كانت في عقوبة أو في غيرها مغني. (قوله: لكن بقيد مر إلخ) وهو أن لا يكون مشهورا بالديانة اعتيد بنحو سبق لسان أو نسيان

. (قوله: أي: الحكم) إلى قوله وبه يبطل في المغني إلا قوله أو حل. (قوله: أو فسخ) يغني عنه ما قبله. (قوله: لأن الحكم) إلى قوله أو ظننا في النهاية إلا قوله فينقض حكمه ما لم يتهم وما أنبه عليه. (قوله: وليس هذا مما يسقط بالشبهة) أي: حتى يتأثر بالرجوع نهاية. (قوله: وشرب) أي: وسرقة نهاية. (قوله: لأنها تسقط بالشبهة) أي: والرجوع شبهة مغني. (قوله: أي: استيفائها) عبارة المغني أي: استيفاء المحكوم به اهـ. (قوله: لجواز كذبهم إلخ) أي: ولتأكد الأمر نهاية ومغني. (قوله: عكس هذا) أي: صدقهم في الرجوع ع ش. (قوله: أي: بعلمه أو ببينة) أي: إذا كان سبب الرجوع علمه ببطلان حكمه أو شهادة بينة عليه ببطلان حكمه قاله ع ش وهذا مبني على أن الباء متعلقة بيرجع والظاهر أنها متعلقة بحكمه.

(قوله: ووجهه) أي: ما قاله السبكي. (قوله: إلا إن بين إلخ) راجع إلى قول السبكي ويحتمل إلى قول الشارح فلم يجز له الرجوع. (قوله: ومحل ذلك) يعني جواز رجوع الحاكم عن الحكم إذا بين مستنده رشيدي. (قوله: والحكم بالموجب) انظر هذا مع ما تقدم في الهبة ع ش. (قوله: لأن كلا منهما إلخ) علة لقوله بخلاف الثبوت إلخ. (قوله: لأن كلا منهما لا يقتضي صحة الثابت إلخ) أي: فلم يكن هناك شيء يتوجه إليه الرجوع رشيدي. (قوله: ولا المحكوم به) أي: ولا صحة ما حكم بموجبه. (قوله: لأن الشيء إلخ) هذا إنما يناسب المعطوف عليه فقط وقوله: ولأن الحكم إلخ لا يناسب واحدا من المعطوفين فكان المناسب للمعطوف أن يقول ما قدمنا عن النهاية والأسنى في آخر باب القضاء ولأن معنى الحكم بالموجب أنه إذا ثبت الملك صح فكأنه حكم بصحة الصيغة اهـ. (قوله: فحينئذ) أي: حين إذ حكم الحاكم بالصحة. (قوله: ومنها) أي: شروط الصحة. (قوله: بها) أي: بالصحة. (قوله: ويقبل قوله: إلخ) أي: لأنه أمين نهاية. (قوله: قيل إلخ) عبارة النهاية وظاهر ما ذكر عدم احتياجه في دعوى الإكراه لقرينة ولعل وجه خروجه عن نظائره فخامة منصب الحاكم ويتعين فرضه في مشهور إلخ قال ع ش قوله: لقرينة أي: ولا لبيان من أكرهه اهـ. (قوله: لا كنت إلخ) عطف على قوله بأن لي إلخ. (قوله: في نفس) إلى قوله أو ظننا في المغني. (قول المتن أو جلده) أو قطع سرقة أو نحوها مغني وروض. (قوله: أي: الزنا إلخ) عبارة المغني بلفظ المصدر المضاف لضمير الزنا ولو حذفه كان أخصر وأعم ليشمل جلد

ـــــــSعبارة العباب ولو رجع شهود زنا حدوا للقذف وإن قالوا غلطنا وإن رجع بعض الأربعة حد وحده اهـ. (قوله: وتقبل البينة إلخ) أي: وحينئذ يغرمان لثبوت رجوعهما ولهذا قال شيخنا الشهاب الرملي في قوله." (١)

"ولا ترجيح بيد لانتساخ يد كل ببينة الآخر أما إذا لم يكن بيد أحد وشهدت بينة كل له بالكل فيجعل بينهما، ويحل التساقط إذا وقع تعارض حيث لم يتميز أحدهما بمرجح، وإلا قدم، وهو بيان نقل الملك على ما يأتي قبيل قوله: وأنها لو شهدت بملكه أمس إلى آخره ثم اليد فيه للمدعي أو لمن أقر له به أو انتقل له منه ثم شاهدان مثلا على شاهد ويمين ثم سبق تاريخ ملك أحدهما بذكر زمن أو بيان أنه ولد في ملكه مثلا ثم بذكر سبب الملك وتقدم أيضا ناقلة عن الأصل على مستصحبة له ومن تعرضت؛ لأن البائع مالك عند البيع ومن قالت نقد الثمن أو هو مالك الآن على من لم يذكر ذلك لا بالوقف ولا بينة انضم إليها الحكم بالملك على بينة ملك بلا حكم على المعتمد كما قاله الإسنوي وغيره خلافا للبغوي كما يأتي

---

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج وحواشي الشرواني والعبادي ابن حجر الهيتمي ١٠/٢٧٩

وممن جزم بالأول أبو زرعة وغيره، وظاهر كلامه في فتاويه أول الدعاوى أنه لا فرق بين الحكم بالصحة **والحكم بالموجب**، وهو ظاهر؛ لأن أصل الحكم لا يرجح به فأولى حكم فيه زيادة على الآخر، أما لو تعارض حكمان بأن أثبت كل أن معه حكم القاضي لكن أحدهما بالموجب والآخر بالصحة، فالوجه تقديم الثاني؛ لأنه يستلزم ثبوت الملك بخلاف الأول ومر قبيل العارية أن القاضي إذا أجمل حكما بأن لم يثبت استيفاءه بشروطه حمل حكمه على الصحة إن كان عالما ثقة أمينا، وقد ذكر المصنف أكثر هذه المرجحات بذكر مثلها فقال

: (ولو كانت) العين (بيده) تصرفا أو إمساكا (فأقام غيره بها) أي: بملكها من غير زيادة (بينة و) أقام (هو) بها (بينة) بينت سبب ملكه أم لا أو قالت: كل اشتراها أو غصب بها من الآخر (قدم) من غير يمين (صاحب اليد) ويسمي الداخل وإن حكم بالأولى قبل قيام الثانية؛ لأنه – صلى الله عليه وسلم – قضى بذلك كما رواه أبو داود وغيره ولترجح بينته، وإن كانت شاهدا أو يمينا والأخرى شاهدين بيده ومن ثم لو شهدت بينة المدعي بأنه اشتراها منه أو من بائعه مثلا أو أن أحدهما غصبها قدم لبطلان اليد حينئذ ولا يكفي قولهما: يد الداخل غاصبة على ما ذكره جمع ويوجه بأنه مجرد إفتاء، ولو قالت: غصبها منه، والثانية اشتراها منه قدمت لبيانها النقل الصحيح، وكذا لو قالت: يده بحق، لأنها تعارض الغصب

ــــــــيمين للنفي والإثبات مغني وروض مع شرحه (قوله ولا ترجيح بيد) أي بل بالبينة التي أقيمت ع ش (قوله: أما إذا لم تكن بيد أحد. إلخ) صوره بعضهم بعقار أو متاع ملقى في طريق وليس المدعيان عنده مغني وسم وزيادي (قوله: وشهدت بينة كل له) أي بالكل نهاية (قوله: وهو) أي المرجح (قوله: أو لمن أقر له به) أي فلو أقر به لهما جميعا فقياس ما تقرر أن يكون بينهما نصفين فليتأمل سم على المنهج. اهـ. ع ش (قوله: ثم شاهدان مثلا) أي أو شاهد وامرأتان أو أربع نسوة فيما يقبلن فيه على ما في ع ش (قوله: ثم بذكر سبب الملك) عطف على: ثم سبق تاريخ (قوله: ناقلة عن الأصل. . إلخ) كقتل ادعاه وارث ميت وأقام به بينة فتقدم على موت بفراشه شهدت به أخرى؛ لأن الأولى ناقلة عن أصل عدم عروض القتل والأخرى مستصحبة له فتح الجواد (قوله لأن البائع. إلخ) أي لكون البائع نهاية (قوله: لا بالوقف. إلخ) عبارة النهاية ولا ترجيح بوقف. إلخ (قوله: لا فرق بين الحكم بالصحة. إلخ) أي في بينتين شهدت إحداهما بالملك والأخرى بالحكم فتتساويان سواء أشهدت بينة الحكم به مطلقا أو بالصحة أو بالموجب ع ش (قوله لأن أصل الحكم لا يرجح به. إلخ) قال الشهاب ابن قاسم: يوهم أن هذا في تعارض حكمين أحدهما بالصحة والآخر بالموجب فما معنى مقابلته لما بعده. اهـ. أي مع أن فرض المسألة أن الحكم في أحد الجانبين فقط فإن كان مراد الشارح أن أصل الحكم لا ترجيح به فلا نظر لكونه بالصحة أو بالموجب فلا نسلم الأولوية إذ لا يلزم من عدم الترجيح بالأعم عدم الترجيح بالأخص الذي فيه زيادة مع أنه لا يناسب قوله بعد: على الآخر فتأمل رشيدي (قوله: حمل حكمه) إظهار في محل الإضمار (قوله: بذكر مثلها) بضمتين جمع مثال.

(قوله من غير زيادة) لعله احتراز عن نحو ما يأتي في قوله: ومن ثم لو شهدت بينة المدعي. إلخ وقول المتن ولو قال الخارج هو ملكي. إلخ (قوله: بينت سبب ملكه أم لا) عبارة المغني والأسنى اقتضى كلام المصنف أنه لا يشترط في سماع بينة صاحب اليد أن يبين سبب الملك من شراء أو إرث أو غيره كبينة الخارج. اهـ. وعبارة الأنوار ولا فرق في ترجيح بينة الداخل

بين أن يبين الداخل والخارج سبب الملك أو يطلقا ولا بين إسناد البينتين وإطلاقهما ولا إذا وقع التعارض بين أن يتفق السببان أو يختلفا ولا بين أن يسند إلى شخص بأن يقول كل منهما اشتريته من زيد أو تقول المرأة أصدقنيه زوجي ويقول خصمها اشتريته من زوجك أو إلى شخصين بأن يقول أحدهما اشتريته من زيد والآخر اشتريته من عمرو أو تقول المرأة أصدقنيه زوجي ويقول خصمها اشتريته من غيره. اهـ. (قوله: أو غصبها) انظر صورته بالنسبة لبينة الداخل وكذا يقال في قوله الآتي: ولو قالت بينته غصبها منه والثانية اشتراها منه إلا أن يقال فيما يأتي إن المراد بالثانية بينة الداخل فتكون الأولى بينة الخارج وربما دل عليه ما عقبه به رشيدي (قول المتن: صاحب اليد) أي بينته مغني (قوله: منه) أي من ذي اليد (قوله: أو أن أحدهما) أي ذا اليد ونحو بائعه غصبها أي منه أي المدعي أخذا مما بعد وحذفه اكتفاء بما قبله (قوله قدم) أي المدعي (قوله: قولهما) أي شاهدي المدعي وكان الأولى إسقاط الميم (قوله: يد الداخل غاصبة) أي بدون منه (قوله: ويوجه بأنه. إلخ) فيه تأمل (قوله: ولو قالت منه. إلخ) أي لو قالت بينة الخارج يد الداخل غاصبة منه أي الخارج (قوله: والثانية. إلخ) أي ولو قالت بينة الداخل اشتراها أي الداخل منه أي الخارج (قوله: وكذا لو قالت) أي بينة الداخل.

ـــــــSقوله: وشهدت بينة كل له بالكل إلخ) وكذا بالبعض بالأولى، بل لا تعارض حينئذ بينهما.

(قوله: فأولى حكم فيه زيادة على الآخر) يفهم أن هذا في تعارض حكمين: أحدهما بالصحة، والآخر بالموجب فما معنى مقابلته بما." (١)

"أو أن يكتب له محضرا بما جرى من غير حكم أو سجلا بما حكم استحب إجابته، وقيل: تجب.

ـــــــQالتصرف.

ولما فرغ المصنف مما تجب فيه إجابة القاضي للمدعي شرع فيما يسن له فيه الإجابة، وذكر ذلك في قوله (أو) سأل المدعي القاضي (أن يكتب له) في قرطاس أحضره من عنده أو من بيت المال (محضرا بما جرى من غير حكم، أو) أن يكتب له (سجلا بما حكم) به (استحب) للقاضي (إجابته) في الأصح لأنه مذكر (وقيل تجب) كالإشهاد، وفرق الأول بأن الكتابة لا تثبت حقا بخلاف الإشهاد، وسواء في ذلك الديون المؤجلة والوقوف وغيرهما، نعم إن تعلقت الحكومة بصبي أو مجنون له أو عليه وجب التسجيل على ما نقل عن الزبيلي وشريح الروياني وغيره، وكالمدعي في استحباب الإجابة المدعى عليه كما في الروضة كأصلها.

تنبيه اعلم أن لألفاظ الحكم المتداولة في التسجيلات مراتب؛ أدناها الثبوت المجرد، وهو أنواع: ثبوت اعتراف مثلا بجريان البيع، وثبوت ما قامت به البينة من ذلك، وثبوت نفس الجريان، وهذا كله ليس بحكم كما صححاه في باب القضاء على الغائب، ونقله في البحر عن نص الأم وأكثر الأصحاب؛ لأنه إنما يراد به صحة الدعوى وقبول الشهادة، فهو بمثابة سمعت البينة وقبلتها، ولا إلزام في ذلك، والحكم إلزام، وأعلاها الثبوت مع الحكم والحكم أنواع ستة: الحكم بصحة البيع مثلا،

---

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج وحواشي الشرواني والعبادي ابن حجر الهيتمي ٣٢٧/١٠

والحكم بموجبه، والحكم بموجب ما ثبت عنده، والحكم بموجب ما قامت به البينة عنده، والحكم بموجب ما أشهد به على نفسه، والحكم بثبوت ما شهدت به البينة، وأدنى هذه الأنواع هذا السادس، وهو الحكم بثبوت ما شهدت به البينة؛ لأنه لا يزيد على أن يكون حكما بتعديل البينة، وفائدته عدم احتياج حاكم آخر إلى النظر فيها وجواز النقل في البلد، وأعلاها الحكم بالصحة أو الموجب، أعني الأولين.

وأما هذان فلا يطلق القول بأن أحدهما أعلى من الآخر، بل يختلف ذلك باختلاف الأشياء، ففي شيء يكون الحكم بالصحة أعلى من **الحكم بالموجب**، وفي شيء يكون الأمر بالعكس، فإذا كانت مختلفة فيها وحكم بها من يراها كان حكمه بها أعلى من حكمه بالموجب. مثاله بيع المدبر مختلف في صحته، فالشافعي يرى صحته، والحنفي يرى فساده، فإذا حكم بصحته شافعي كان حكمه بها أعلى من حكمه بموجب البيع؛ لأن حكمه في الأول حكم بالمختلف فيه قصدا، وفي الثاني يكون حكمه بها ضمنا؛ لأنه في الثاني إنما حكم قصدا بترتب أثر البيع عليه، واستتبع هذا الحكم الحكم بالصحة؛ لأن أثر الشيء إنما يترتب عليه إذا كان صحيحا، ومثل هذا تعليق طلاق المرأة على نكاحها، فالشافعي يرى بطلانه، والمالكي يرى صحته، فلو حكم بصحته مالكي صح، واستتبع حكمه به الحكم بوقوع الطلاق إذا وجد السبب؛ وهو النكاح، بخلاف ما لو حكم بموجب التعليق المذكور فإنه يكون متوجها إلى وقوع الطلاق قصدا لا ضمنا فيكون لغوا؛ لأن الوقوع لم يوجد، فهو حكم بالشيء قبل وجوده،." (١)

". . . . .

ـــــــوفلا يمنع الشافعي أن يحكم بعد النكاح ببقاء العصمة وعدم وقوع الطلاق، وإذا كان الشيء متفقا على صحته والخلاف في غيرها كان الأمر بالعكس: أي يكون **الحكم بالموجب** فيه أعلى من الحكم بالصحة. مثال: التدبير متفق على صحته، فإذا حكم الحنفي بصحته لا يكون حكمه مانعا للشافعي من الحكم بصحة بيعه، بخلاف ما لو حكم الحنفي بموجب التدبير، فإن حكمه بذلك يكون حكما ببطلان بيعه، فهو مانع من حكم الشافعي بصحة بيعه، وهل يكون حكم الشافعي بموجب التدبير حكما بصحة بيعه حتى لا يحكم الحنفي بفساده؟ الظاهر كما قال الأشموني لا؛ لأن جواز بيعه ليس من موجب التدبير، بل التدبير ليس مانعا منه ولا مقتضيا له.

نعم جواز بيعه من موجبات الملك، فلو حكم شافعي بموجب الملك، فالظاهر أنه يكون مانعا للحنفي من الحكم ببطلان بيعه؛ لأن الشافعي حينئذ قد حكم بصحة البيع ضمنا، ومثل التدبير بيع الدار المتفق على صحته لو اختلف فيه إذا حكم الشافعي بصحته كان حكمه مانعا للحنفي من الحكم بشفعة الجوار، وإن حكم بموجب البيع كان حكمه به مانعا للحنفي من ذلك ولو حكم شافعي بصحة إجارة لا يكون حكمه مانعا للحنفي من الحكم بفسخها بموت أحد المتآجرين، وإن حكم الشافعي فيها بالموجب فالظاهر خلافا لبعضهم أن حكمه يكون مانعا للحنفي من الحكم بالفسخ بعد الموت؛ لأن حكم الشافعي بالموجب قد يتناول الحكم بانسحاب بقاء الإجارة ضمنا. فإن قيل: حكم الشافعي ببقاء الإجارة بعد الموت حكم بالموت قبل وجوده فيكون باطلا كما مر في حكم المالكي بموجب التعليق.

---

(١) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج الخطيب الشربيني ٢٩١/٦

أجيب بأن الحكم ببقاء الإجارة حكم وقع ضمنا؛ لأن موجب الإجارة لم ينحصر فيه وحكم المالكي بموجب التعليق وقع بوقوع الطلاق قصدا لانحصار موجب التعليق فيه، وهم يغتفرون في الضمنيات ما لا يغتفرون في القصديات، قال الأشموني: هذا ما ظهر لي، وقد بان لك أن الحكم بالصحة يستلزم **الحكم بالموجب** وعكسه، وهذا غالب لا دائم فقد يتجرد كل منهما عن الآخر، مثال تجرد الصحة البيع بشرط الخيار فإنه صحيح ولم يترتب عليه أثره فيحكم فيه بالصحة ولا يحكم فيه بالموجب، ومثال تجرد الموجب الخلع والكتابة على نحو خمر فإنهما فاسدان ويترتب عليهما أثرهما من البينونة والعتق ولزوم مهر المثل والقيمة فيحكم فيهما بالموجب دون الصحة، وكذا الربا والسرقة ونحوهما يحكم فيه بالموجب دون الصحة، ويتوقف الحكم بموجب البيع مثلا كما أوضحته على ثبوت ملك المالك وحيازته وأهليته وصحة صيغته في مذهب الحاكم.

وقال ابن قاسم أخذا من كلام ابن شهبة: والفرق بين الحكم بالصحة **والحكم بالموجب** أن **الحكم بالموجب** يستدعي صحة الصيغة وأهلية التصرف، والحكم بالصحة يستدعي ذلك، وكون التصرف صادرا في محله، وفائدته في الأثر المختلف فيه، فلو وقف على نفسه وحكم بموجبه حاكم كان حكما منه بأن الواقف من أهل التصرف، وصيغة وقفه على نفسه صحيحة حتى لا يحكم ببطلانها من يرى الإبطال، وليس حكما بصحة وقفه لتوقفه على كونه مالكا لما وقفه حين وقفه ولم يثبت ذلك.

ويسن للقاضي إذا أراد الحكم أن يعلم الخصم بأن الحكم موجبه عليه، وله الحكم على ميت بإقراره حيا في أحد وجهين رجحه الأذرعي.." (١)

"الرجوع زاعما أن موجبها خروج العين من ملك الواهب ودخوله في ملك الموهوب، وأما الرجوع فحادثة مستقلة وجدت بعد حكم الشافعي فكيف تدخل في حكمه، وكيف يعقل أن يسبق السيل المطر والحصاد الزراعة والولادة الإحبال، فهي واقعة فتوى كان حكمه باطلا كما أفتى به الوالد – رحمه الله تعالى – لمخالفته لما حكم به الشافعي، إذ قوله بموجبه من قوله حكمت بموجبه مفرد مضاف لمعرفة فهو عام ومدلوله كلية فكأنه قال حكمت بانتقال الملك وبصحة الرجوع عند وقوعه وهكذا إلى آخر مقتضياته سواء فيها ما وقع وما لم يقع بعد، وقد قال أئمتنا: الفرق بين الحكم بالصحة **والحكم بالموجب** من أوجه: الأول: أن العقد الصادر إذا كان صحيحا بالاتفاق ووقع الخلاف في موجبه فالحكم بصحته لا يمنع من العمل بموجبه عند غير من حكم بها، ولو حكم الأول بالموجب امتنع الحكم بموجبه عند غيره، مثاله التدبير صحيح بالاتفاق، وموجبه إذا كان تدبيرا مطلقا عند الحنفية منع البيع، فلو حكم حنفي بصحة التدبير المذكور لم يكن ذلك مانعا من بيعه عند من يرى صحة بيع المدبر

ولو حكم حنفي بموجب التدبير امتنع البيع، وإذا حكم المالكي بصحة البيع لم يمنع ذلك إثبات خيار المجلس ولا فسخ العاقدين أو أحدهما بذلك بسبب ذلك الحكم لأن الحكم بالصحة يجامع ذلك ولو حكم بموجب البيع امتنع على الشافعي تمكين المتعاقدين أو أحدهما من الفسخ بخيار المجلس، وليس للمتعاقدين أو لأحدهما الانفراد بذلك لأنه يؤدي إلى نقض حكم الحاكم في المحل الذي حكم به وهو الإيجاب إن قلنا بعدم النقض في هذه الصورة، وسيأتي في القضاء ترجيح خلافه،

(١) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج الخطيب الشربيني ٦/٢٩٢

ولو حكم الشافعي بصحة البيع لم يكن مانعا للحنفي من تمكين الجار من أخذ العقار المبيع بالشفعة ولو حكم بموجبه امتنع عليه ذلك، ولو حكم المالكي بصحة القرض لم يمتنع على المقرض الرجوع عند حاكم شافعي

ــــــــS كان حكمه باطلا: أي الحنفي، وقوله إذ قوله: أي الشافعي.

(قوله: سواء فيها) أي مقتضياته، وقوله ولو حكم: أي الشافعي، وقوله عند من يرى: أي كالشافعي، وقوله امتنع البيع: أي عند الشافعي، وقوله ولو حكم: أي المالكي، وقوله نقض حكم الحاكم: أي وعليه فلهما الانفراد، وقوله وهو الإيجاب: أي لزوم العقد،

ــــــــQالتعليل. (قوله: لمخالفته لما حكم به الشافعي إلى قوله وإنما أطلنا الكلام) نص ما في فتاوى والده (قوله: الأول أن العقد إلخ) لم يذكر لهذا الأول ثانيا ولا ثالثا كما هو مقتضى التعبير بوجوه (قوله: إذا كان صحيحا بالاتفاق) انظر ما وجه التعبير بالاتفاق هنا، وفيما يأتي مع أن حكم الحاكم لا أثر له في محل الاتفاق، وكان الظاهر أن يقول: إذا كان مختلفا فيه؛ لأنه الذي يظهر أثر حكم الحاكم فيه من رفع الخلاف (قوله: لا يمنع من العمل بموجبه) يعني ما يخالفه في الموجب، وكذا يقال فيما يأتي (قوله: مطلقا) إنما قيده به؛ لأنه محل الخلاف بيننا وبين الحنفي، أما إذا كان مقيدا كما إذا قال السيد: إذا مت من هذا المرض مثلا فالحنفي يوافقنا على صحة بيعه. (قوله: ولو حكم بموجب البيع امتنع على الشافعي تمكين المتعاقدين إلخ) أي إن قلنا إن هذا الحكم لا ينقض، وإلا فالذي يأتي في كتاب القضاء أنه لو حكم حاكم بنفي خيار المجلس نقض حكمه (قوله: لم يكن مانعا للحنفي من تمكين الجار من أخذ المبيع بالشفعة ولو حكم بموجبه امتنع عليه ذلك) قد يقال: ما معنى حكمنا على الحنفي بأنه يمتنع عليه ما ذكر مع أنه صحيح عنده وهو لا يلتزم أحكامنا، وقد يقال: فائدته أنه لو رفع ذلك الحكم إلينا نقضناه.

واعلم أن ما قرره الشارح هنا تبعا لوالده، وذكر فيما يأتي أنه منقول صريح في أنا نلتزم موجب حكم المخالف وإن كان هو لا يراه؛ فإن الحنفي لا يرى أن الحكم بالموجب يتناول الأشياء المستقبلة مع وجوب التزامنا لها كما تقرر في الأمثلة، لكن صرح الشهاب حج في فتاويه بأن محل التزام الموجب حكم المخالف إذا كان يقول به فليحرر. (قوله: ولو حكم المالكي بصحة القرض إلخ) يوجد هنا في نسخ الشارح سقط، وعبارة فتاوى والده التي هاهنا نص ما فيها." [١]

"على الفقراء لم يكن حكما ولكنه في معناه فلا يصح رجوع الشاهد بعده، بخلاف ثبوت سببه كوقف فلان لتوقفه على نظر آخر، ومن ثم امتنع على الحاكم الحكم به حتى ينظر في شروطه، ويجوز تنفيذ الحكم في البلد قطعا من غير دعوى ولا حلف في نحو غائب، بخلاف تنفيذ الثبوت المجرد فيها فإن فيه خلافا، والأقرب جوازه بناء على أنه حكم بقبول البينة. والحاصل أن تنفيذ الحكم ليس بحكم من المنفذ إلا إن وجدت فيه شروط الحكم عندنا وإلا كان إثباتا لحكم الأول فقط، وقد قدمت في باب الهبة الفرق بين الحكم بالموجب والحكم بالصحة فالأول يتناول الآثار الموجودة والتابعة لها: بخلاف الثاني فإنه إنما يتناول الموجود فقط.

واعلم أن الحكم به أقوى من حيث إنه يستلزم الحكم بملك العاقد مثلا، ومن ثم امتنع على الحاكم الحكم بهذا إلا بحجة

---

(١) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج الرملي، شمس الدين ٥/٤١٩

تفيد الملك، بخلاف **الحكم بالموجب** ولو حكم بالصحة ولم يعلم هل استند لحجة أو لا حملنا حكمه على الاستناد لأنه الظاهر، نعم يتجه أن يكون محله في قاض موثوق بدينه وعلمه ككل حكم أجمل ولم يعلم استيفاؤه لشروطه فلا يقبل إلا ممن ذكر (أو) سأله المدعي ومثله المدعى عليه كما مر نظيره (أن يكتب له) بقرطاس أحضره من عنده حيث لم يكن من بيت المال (محضرا) بفتح الميم (بما جرى من غير حكم أو سجلا بما حكم استحب إجابته) لأنه يذكر وإنما لم يجب لثبوت الحق بالشهود دون الكتاب (وقيل يجب) توثقة لحقه، نعم إن تعلقت الحكومة بصبي أو مجنون له أو عليه وجب التسجيل جزما، وألحق بهما الزركشي الغائب ونحو الوقف مما يحتاط له، وأشار المصنف إلى أن المحضر ما تحكى فيه واقعة الدعوى والجواب وسماع البينة بلا حكم، والسجل ما تضمن إشهاده على نفسه بأنه حكم بكذا أو نفذه (ويستحب نسختان) أي كتابتهما (إحداهما) تدفع (له) بلا ختم (والأخرى تحفظ في ديوان الحكم) مختومة ويكتب عليها اسم الخصمين وإن لم يطلب الخصم ذلك لأنه طريق التذكر لو ضاعت تلك.

(وإذا) (حكم باجتهاده) وهو من أهله أو باجتهاد مقلده (ثم بان) كون ما حكم به (خلاف نص الكتاب أو السنة) المتواترة أو الآحاد (أو) بان خلاف (الإجماع) ومنه ما خالف شرط الواقف (أو) خلاف (قياس جلي) وهو ما يعم الأولى والمساوي.

قال القرافي: أو خالف القواعد الكلية.

قال الحنفية: أو كان حكما لا دليل عليه: أي قطعا، فلا نظر لما بنوه على ذلك من النقض في مسائل كثيرة قال بها غيرهم بأدلة عندهم.

قال السبكي: أو خالف المذاهب الأربعة لأنها كالمخالف للإجماع (نقضه) وجوبا أي أظهر بطلانه وإن لم يرفع إليه (هو وغيره) بنحو نقضته أو فسخته أو أبطلته (لا) ما بان خلاف قياس (خفي) وهو ما لا يبعد احتمال الفارق فيه كقياس الذرة على البر بجامع الطعم فلا ينقضه باحتماله (والقضاء) أي الحكم الذي يستفيده القاضي بالولاية فيما باطن الأمر فيه، بخلاف ظاهره تنفيذا كان أو غيره (ينفذ ظاهرا لا باطنا) فالحكم بشهادة كاذبين ظاهرهما العدالة لا يفيد الحل باطنا لمال، ولا لبضع لخبر الصحيحين «لعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي له بنحو ما أسمع منه، فمن قضيت له من حق أخيه بشيء فلا يأخذه فإنما أقطع

ـــــــSولا يصح ذلك لو وقع منه (قوله: ولكنه في معناه) أي الحكم (قوله: واعلم أن الحكم به) أي الثاني (قوله: ونحو الوقف) كالوصية والإجارة الطويلة.

(قوله: أن يكون ألحن) أي أقدر

ـــــــQقوله: لم يكن حكما) أي فلا يرفع الخلاف (قوله: كوقف فلان) هو بصيغة الفعل الماضي (قوله: ويجوز تنفيذ الحكم) قال في التحفة: أو فائدته تأكيد حكم الأول (قوله: ليس بحكم من المنفذ) أي ولهذا لم يشترط فيه تقدم دعوى (قوله: إلا إن وجدت فيه شروط الحكم) أي بأن يتقدمه دعوى وطلب من الخصم وغير ذلك من المعتبرات (قوله: أن الحكم به) أي

بالصحة

(قوله: فيما باطن الأمر فيه بخلاف ظاهره) أي بأن لم يكن إنشاء بأن كان إمضاء لما قامت به الحجة (قوله: ألحن بحجته) أي أبلغ وأعلم." (١)

"ملكهم وإن لم يكن لهم منازع، لأن تصرف الحاكم في قضية طلب منه فصلها حكم وهو لا يكون بقول ذي الحق وسمعت البينة هنا وهي غير شاهد ويمين كما جزم به ابن المقري في روضه مع عدم سبق دعوى للحاجة، ولأن القصد منعهم من الاحتجاج بعد تصرف الحاكم، وتخريج البلقيني من هذا أن القاضي لا يحكم بالموجب بمجرد اعتراف المتعاقدين بالبيع ولا بمجرد إقامة البينة عليهما لما صدر منهما لأن المعنى الذي قيل هنا يأتي هناك مردود، لأن معنى **الحكم بالموجب** أنه إذا ثبت الملك صح فكأنه حكم بصحة الصيغة، والله أعلم

كتاب الشهادات جمع شهادة وهي إخبار عن شيء بلفظ خاص. والأصل فيها آيات كآية ﴿ولا تكتموا الشهادة﴾ [البقرة: ٢٨٣] وأخبار كخبر الصحيحين «ليس لك إلا شاهداك أو يمينه»

وأركانها شاهد ومشهود له ومشهود به ومشهود عليه وصيغة وكلها تعلم مما يأتي إلا الصيغة وهي لفظ أشهد لا غير كما يأتي

(شرط الشاهد) أوصاف تضمنها قوله (مسلم حر مكلف عدل ذو مروءة غير متهم) ناطق غير محجور عليه بسفه متيقظ فلا تقبل شهادة أضداد هؤلاء ككافر ولو على مثله لأنه أخس الفساق، وأما خبر «لا تقبل شهادة أهل دين على غير دينهم إلا المسلمين فإنهم عدول على أنفسهم وعلى غيرهم» فضعيف وقوله تعالى ﴿أو آخران من غيركم﴾ [المائدة: ١٠٦] أي غير عشيرتكم أو منسوخ بقوله تعالى ﴿وأشهدوا ذوي عدل منكم﴾ [الطلاق: ٢] ولا من فيه رق لنقصه ومن ثم لم يتأهل لولاية مطلقا ولا صبي ومجنون بالإجماع ولا فاسق لهذه الآية وقوله ﴿ممن ترضون من الشهداء﴾ [البقرة: ٢٨٢] وهو ليس بعدل ولا مرضي، وما اختاره جمع كالأذرعي والغزي تبعا لبعض المالكية أنه إذا فقدت العدالة وعم الفسق قضى الحاكم بشهادة الأمثل فالأمثل للضرورة مردود كما قاله ابن عبد السلام بأن مصلحته يعارضها مفسدة المشهود عليه، ولا غير ذي مروءة لأنه لا حياء له ومن لا حياء له يصنع ما شاء لخبر صحيح «إذا لم تستح فاصنع ما شئت» وسيأتي تفسير المروءة، ولا متهم لقوله تعالى ذلك أدنى أن لا ترتابوا والريبة حاصلة بالمتهم، ولا أخرس وإن فهم إشارته كل أحد إذ لا يخلو عن احتمال، ولا محجور سفه لنقصه.

وما اعترض به من أنه لا حاجة لذكره إذ هو إما ناقص عقل أو فاسق فما مر يغني عنه رد بأن نقص

ـــــــSكتاب الشهادات

---

(١) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج الرملي، شمس الدين ٨/٢٥٨

(قوله: كما يأتي) أي في كلام الشارح

(قوله: أي غير عشيرتكم) أي ومعناه من غير عشيرتكم، والمراد بهم غير الأصول والفروع ليوافق ما يأتي من قبول شهادة الأخ لأخيه (قوله أو منسوخ) أي أو المراد به غير المسلمين لكنه منسوخ (قوله: ومن ثم لم يتأهل لولاية مطلقا) أي عدلا كان أو غير عدل قنا كان أو مدبرا أو مبعضا مالية كانت الولاية وغيرها (قوله: الأمثل) أي دينا (قوله: المشهود عليه) أي لكن رعاية تلك المصلحة قد تؤدي إلى

ــــــــــهأن القرعة شرط لصحة القسمة وليس مرادا (قوله: وهي غير شاهد ويمين) عبارة ابن المقري: ويقبل شاهد وامرأتان لا شاهد ويمين، لأن اليمين شرعت لترد عند النكول ولا مرد لها انتهت.

[كتاب الشهادات]

(قوله: بلفظ خاص) أي على وجه خاص بأن تكون عند قاض بشرطه

(قوله: وأما خبر لا تقبل شهادة أهل دين إلخ) مراده بهذا دفع ورود هذا الحديث الدال بمفهومه على قبول شهادة كل أهل دين على أهل دينهم (قوله: ولا من فيه رق) الصواب حذف لفظ لا في هذا وفيما بعده لأنه من جملة الأضداد التي هي مدخول لا وليس معادلا له." (١)

"على فلان أم هي منفوضة أم مفسوخة لأنه إخبار بأنها لم تقع صحيحة من أصلها، وفي أبطلتها أو فسختها أو رددتها وجهان: أرجحهما أنه رجوع، ولو قال للحاكم: توقف عن الحكم وجب توقفه، فإن قال له: اقض قضى لعدم تحقق رجوعه، نعم إن كان عاميا وجب سؤاله عن سبب توقفه كما علم مما مر، ولو قامت بينة بعد الحكم شهدت برجوعهما قبله عمل بها وتبين بطلانه وإن كذباها كما تقبل بفسقهما وقته أو قبله بزمن لا يمكن فيه الاستبراء، والأوجه عدم قبولها بعده برجوعهما من غير تعرض لكونه قبله أو بعده كما دل على ذلك كلام العراقي في فتاويه.

(أو) رجعوا (بعده) أي بعد الحكم (وقبل استيفاء مال استوفي) لأن القضاء قد تم وليس هو مما يسقط بالشبهة حتى يتأثر بالرجوع وإن كانت الشهادة في شيء من العقود أمضى كاستيفاء المال (أو) قبل استيفاء (عقوبة) لآدمي كقصاص وحد قذف أو لله تعالى كحد زنا وسرقة (فلا) يستوفى لأنها تسقط بالشبهة والرجوع شبهة بخلاف المال (أو بعده) أي بعد الاستيفاء (لم ينقض) لتأكد الأمر وجواز كذبهم في الرجوع فقط، وليس عكس هذا أولى منه، والثابت لا ينقض بأمر محتمل، وبذلك سقط القول بأن بقاء الحكم بغير سبب خلاف الإجماع، ويمتنع على الحاكم الرجوع عن حكمه كما قاله السبكي: أي بعلمه أو بينة كما قاله غيره لأن حكمه إن كان باطن الأمر فيه كظاهره نفذ ظاهرا وباطنا، وإلا بأن لم يتبين الحال نفذ ظاهرا فلم يجز له الرجوع إلا أن يبين مستنده فيه كما علم مما مر في القضاء، وأفاد الأذرعي قبول قوله حكمت بكذا مكرها

---

(١) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج الرملي، شمس الدين ٢٩٢/٨

أو بان لي فسق الشاهد لأنه أمين لا كنت فاسقا أو عدوا للمحكوم عليه أو نحو ذلك لاتهامه، وظاهر ما ذكر عدم احتياجه في دعوى الإكراه لقرينة، ولعل وجه خروجه عن نظائره فخامة منصب الحاكم ويتعين فرضه في مشهور بالعلم والصيانة، ومحل ذلك في الحكم بالصحة، بخلاف الثبوت **والحكم بالموجب** لأن كلا منهما لا يقتضي صحة الثابت، ولا المحكوم به فإن الشيء قد يثبت عنده ثم ينظر في صحته، ولأن الحكم بالصحة يتوقف على ثبوت استيفاء شروطها عنده. ومنها ثبوت ملك العاقد أو ولايته فحينئذ جاز له بل لزمه الرجوع عن حكمه بها إن ثبت عنده ما يقتضي رجوعه عنه كعدم ثبوت ملك العاقد.

(فإن كان المستوفى قصاصا) في نفس أو طرف (أو قتل ردة أو رجم زنا أو جلده) أي الزنا، ومثله حد القذف (ومات) من القود أو الحد ثم رجعوا (وقالوا) كلهم (تعمدنا) وعلمنا أنه يقتل بشهادتنا كما مر ذلك مبسوطا أوائل الجراح (فعليهم قصاص) بشرطه، ومن ذلك ما لو كان جلد الزنا يقتل غالبا لإقامته في زمن نحو حر ومذهب الحاكم يقتضي استيفاء فورا وإن أهلك غالبا وعلما ذلك، وبهذا يرد تنظير ابن الرفعة والبلقيني فيه، ومحل ما تقرر ما لم يعترف القاتل بحقيقة ما شهدا به عليه، وأفهم قوله قصاص وجوب

ـــــــSقوله: إنه رجوع) من أصلها: أي عنها من أصلها (قوله: والأوجه عدم قبولها) أي البينة الثانية

(قوله: وليس عكس هذا) أي صدقهم في الرجوع (قول أي بعلمه أو بينة) أي إذا كان سبب الرجوع علمه ببطلان حكمه أو شهادة بينة عليه ببطلان حكمه فليس له أن يرجع عن الحكم لأجل البينة (قوله: لقرينة) أي ولا لبيان من أكرهه (قوله: ومحل ذلك) أي امتناع رجوع الحاكم إلخ (قوله: **والحكم بالموجب**) انظر هذا مع ما تقدم في الهبة (قوله: ومنها) أي الشروط

(قوله: بشرطه) وهو المكافأة

ـــــــQقوله: ومحل ذلك) يعني جواز الرجوع عن الحكم إذا بين مستنده كما يعلم من التحفة (قوله: لأن كلا منهما لا يقتضي صحة الثابت ولا المحكوم به) أي فلم يكن هناك شيء يتوجه إليه الرجوع

(قوله: وعلمنا أنه يقتل بشهادتنا) ليس هو بقيد بل مثله ما إذا سكتوا بل وإن قالوا لم نعلم ذلك إلا إن قرب عهدهم بالإسلام أو نشئوا بعيدا عن العلماء كما يعلم من قوله الآتي ولا أثر لقولهم إلخ، وإن كان تعبيره فيما يأتي غير مناسب كما سيأتي التنبيه عليه (قوله: ما لم يعترف القاتل)." [1]

"كل منهما) بها (بينة) (سقطتا) لتعارضهما ولا مرجح فأشبه الدليلين إذا تعارضا بلا ترجيح، وحينئذ فيحلف لكل منهما يمينا فإن أقر ذو اليد لأحدهما البينة أو بعدها رجحت بينته (وفي قول تستعملان) صيانة لهما عن الإلغاء حسب الإمكان فتنزع من ذي اليد، وعليه (ففي قول تقسم) أي العين بينهما بالسوية لخبر أبي داود بذلك، وحمله الأول على أن

(١) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج الرملي، شمس الدين ٣٢٨/٨

العين كانت بيدهما (وفي قول يقرع) بينهما فمن خرجت له القرعة رجح لخبر فيه مرسل وله شاهد، وأجاب الأول بحمله على أنه كان في عتق أو قسمة (وفي قول يوقف) الأمر (حتى يتبين) الحال (أو يصطلحا) لأن إحداهما صادقة والأخرى كاذبة فيوقف، كما لو زوج المرأة وليان ونسي السابق ولم يرجح واحدا من الأقوال لعدم اعتنائه بها لتفريعها على الضعيف، وأصحهما الأخير.

(و) على التساقط (لو) (كانت) العين (في يدهما وأقاما بينتين) فشهدت بينة الأول له بالكل ثم بينة الثاني له به (بقيت بيدهما (كما كانت) لانتفاء أولوية أحدهما على الآخر، نعم يحتاج الأول إلى إعادة بينته للنصف الذي بيده لتقع بعد بينة الخارج بالنسبة لذلك النصف، ولو شهدت بينة كل منهما له بالنصف الذي بيد صاحبه حكم له به وبقيت بيدهما لا بجهة سقوط ولا ترجيح بيد، أما إذا لم تكن بيد أحد وشهدت بينة كل له بالكل فتجعل بينهما، ومحل التساقط إذا وقع تعارض حيث لم يتميز أحدهما بمرجح وإلا قدم وهو بيان نقل الملك على ما يأتي، ثم ما اليد فيه للمدعي أو لمن أقر له به أو انتقل له منه ثم شاهدان على شاهد ويمين، ثم سبق تاريخ ملك أحدهما به بذكر زمان أو بيان أنه ولد في ملكه مثلا ثم بذكر سبب الملك، وتقدم أيضا ناقلة على مستصحبة للأصل ومن تعرضت لكون البائع مالكا عند المبيع ومن قالت ونقد الثمن أو هو مالك الآن على من لم يذكر ذلك ولا ترجيح بوقف ولا بينة انضم إليها حكم بالملك على بينة ملك بلا حكم كما قاله الإسنوي والعراقي وغيرهما خلافا للبغوي، ولا فرق بين الحكم بالصحة **والحكم بالموجب** كما هو ظاهر، إذ أصل الحكم لا ترجيح به، فأولى حكم فيه زيادة على الآخر، فإن تعارض حكمان كأن أثبت كل
ـــــــSقوله: رجحت بينته) ولو زاد بعض حاضري مجلس قبل إلا إن اختفت القرائن الظاهرة على أن البقية ضابطون له من أوله إلى آخره فقالوا: لم نسمعها مع الإصغاء إلى جميع ما وقع وكان مثلهم لا ينسب للغفلة في ذلك فحينئذ يقع التعارض كما هو ظاهر، لأن النفي المحصور يعارض الإثبات الجزئي كما صرحوا به اهـ حج. وقول حج ولو زاد: أي صفة مثلا (قوله: وأصحهما الأخير) أي أصح الأقوال الضعيفة

(قوله: نعم يحتاج الأول إلى إعادة بينته) أي الذي أقام البينة أولا (قوله: ولا ترجيح بيد) أي بل بالبينة التي أقيمت، وعبارة شيخنا الزيادي: قوله: فهو لهما: أي بالبينة القائمة لا باليد السابقة على قيام البينتين، والفرق بينهما كما قال بعضهم الحاجة إلى الحلف في الثاني لا الأول (قوله: أو لمن أقر له به) أي فلو أقر به لهما جميعا، فقياس ما تقرر أن يكون بينهما نصفين فليتأمل اهـ سم على منهج. وقوله: ثم شاهدان وكالشاهدين رجل وامرأتان أو أربع نسوة فيما يقبل فيه على ما يأتي مع ما نذكره (قوله: ولا فرق بين الحكم بالصحة) أي في بينتين شهدت إحداهما بالملك والأخرى بالحكم فيتساويان، سواء شهدت بينة الحكم به
ـــــــQقوله: في المتن بقيت كما كانت) قال البلقيني: هذا يقتضي أن الحكم باليد التي كانت قبل قيام البينتين وليس كذلك، وإنما تبقى بالبينة القائمة. قال: والفرق بينهما الاحتياج إلى الحلف في الأول دون الثاني اهـ. وعليه فلا يتأتى قول الشارح كغيره وعلى التساقط (قوله: نعم يحتاج الأول إلى إعادة بينته إلخ) هذا لا يتأتى على القول بالتساقط كما لا يخفى

وإنما يأتي على ما قاله البلقيني فتأمل (قوله: ثم ما اليد فيه) الصواب حذف لفظ ما كما في التحفة لأنها واقعة على الشيء المدعى فلا يصح الإخبار به عن قوله وهو الذي هو راجع إلى المرجح (قوله: إذ أصل الحكم لا ترجيح به فأولى حكم فيه زيادة إلخ) قال الشهاب ابن قاسم: يوهم أن هذا في تعارض حكمين أحدهما بالصحة." [١]

"(ذكره الأصحاب في أحكام المفقود) .

قال في الانتصار: في إعادة فاسق شهادته لا تقبل لأن رده لها حكم بالرد فقبولها نقض له فلا يجوز بخلاف صبي وعبد لإلغاء قولهما.

وقال الإمام أحمد في رد عبد لأن الحكم قد مضى والمخالفة في قضية واحدة نقض مع العلم.

(وثبوت شيء عنده) أي القاضي (ليس حكما به) سوى إثبات سبب المطالبة كتقرير أجرة مثل.

(وتنفيذ الحكم يتضمن الحكم بصحة الحكم المنفذ.

وفي كلام الأصحاب ما يدل على أنه حكم) كما يدل عليه كلام شارح المحرر والشارح الكبير (وفي كلام بعضهم أنه عمل بالحكم وإجازة له وإمضاء لتنفيذ الوصية) قال ابن نصر الله والظاهر أنه ليس بحكم بالمحكوم به إذ الحكم بالمحكوم به تحصيل الحاصل وهو محال انتهى ومعنى التنفيذ المذكور أن يحصل من الخصم منازعة عند قاض آخر ويرفع إليه حكم الأول فيمضيه وينفذه ولزمه العمل بمقتضاه، وأما التنفيذ المتعارف الآن المستعمل غالبا فمعناه إحاطة القاضي الثاني علما بحكم القاضي الأول على وجه التسليم، وأنه غير معترض عنده ويسمى اتصالا، ويجوز بذكر الثبوت والتنفيذ فيه ذكره ابن الغرس الحنفي.

(والحكم بالصحة يستلزم ثبوت الملك والحيازة قطعا) لأن الصحة فرع ذلك.

(**والحكم بالموجب**) بفتح الجيم (حكم بموجب الدعوى الثانية ببينة أو غيرها) أي بما ترتب على الدعوى الثانية بذلك لأن موجب الشيء هو أثره الذي ترتب عليه (فالدعوى المشتملة على ما يقتضي صحة العقد المدعى به) من بيع أو نكاح أو غيرهما (الحكم فيها بالموجب حكم بالصحة) لأن الصحة من موجبه إذن (و) الدعوى (غير المشتملة على ذلك) أي ما يقتضي صحة العقد (**الحكم بالموجب** ليس حكما بها) أي بالصحة.

(قاله ابن نصر الله) قال الغزي في شرح نظمه العمدة: **الحكم بالموجب** إذا كان مستوفيا لما يعتبر من الشرط في الحكم بالصحة كان أقوى وأعم لوجود الإلزامية فيه وتضمنه للحكم بالصحة كما إذا شهد عند الشهود أن هذا وقف وذكروا المصرف على وجه معين وكان مستوفيا لشروطه عنده فحكم بموجب شهادتهم كان الحكم متضمنا للحكم بالصحة قال السبكي لكنه دونه في الرتبة ونظر فيه بعضهم (وقال السبكي) تقي الدين (وتبعه) الشيخ تقي الدين (ابن قندس **الحكم**

---

(١) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج الرملي، شمس الدين ٣٦١/٨

بالموجب يستدعي صحة الصيغة وأهلية التصرف ويزيد الحكم بالصحة كون تصرفه في محله.

وقال السبكي أيضا **الحكم بالموجب** هو الأثر الذي يوجبه اللفظ و) الحكم (بالصحة كون اللفظ." [١]

"بحيث يترتب عليه الأثر وهما مختلفان فلا يحكم بالصحة إلا باجتماع الشروط وقيل لا فرق بينهما في الإقرار) أي في الحكم به.

(والحكم بالإقرار ونحوه) كالنكول (فالحكم بموجبه في الأصح) لأن معناه الحكم بما ترتب عليه وذلك موجبه.

(**والحكم بالموجب** لا يشمل الفساد انتهى) ومعناه ما ذكر السبكي أيضا قول من قال موجبه يحتمل الصحة والفساد ممنوع لأن اللفظ الصحيح يوجب حكما، واللفظ الفاسد لا يوجب شيئا قال في التنقيح بعد ما سبق (والعمل على ذلك وقالوا) أي الأصحاب.

(**الحكم بالموجب** يرفع الخلاف) فلا يجوز لمن لا يراه نقضه حتى يتبين موجب لعدم صحة العقد وحاصل الكلام أن الحكم الموجب حكم على العاقد يقتضي عقده لا حكم بالعقد ولا يخفى ما بينهما من التفاوت قاله ابن نصر الله وذكر الغزي فروقا بين الحكم بالصحة وبين **الحكم بالموجب** منها ما سبق ومنها أن العقد إذا كان صحيحا بالاتفاق ووقع الخلاف في موجبه.

فالحكم بالصحة لا يمنع من العمل بموجبه عند غير الذي حكم بالصحة ولو حكم الأول فيه بالموجب امتنع العمل على الثاني مثاله التدبير صحيح بالاتفاق وفي منعه البيع خلاف فإذا حكم بصحة التدبير لم يكن مانعا من بيعه لمن يراه وإن حكم بموجبه من لا يرى بيعه منع البيع ومنها أن كل دعوى كان المطلوب فيها إلزام المدعى عليه بما ثبت عليه الحكم فيها بالإلزام هو **الحكم بالموجب** ولا يكون بالصحة لكن يتضمن **الحكم بالموجب** الحكم بالصحة إقرارا كان أو غيره ومنها بالحكم على الزاني والسارق بموجب الزنا والسرقة لا يدخله الحكم بالصحة ومنها أن **الحكم بالموجب** يتضمن أشياء لا يتضمنها الحكم بالصحة فلو حكم بصحة عقد البيع لم يمنع ذلك إثبات خيار المجلس ولا فسخ المتعاقدين أو أحدهما، ولو حكم بموجبه والإلزام بمقتضاه امتنع التمكين من الفسخ انتهى.

وقد صنف الشيخ ولي الدين أبو زرعة العراقي الشافعي وريقات في الفرق بين الحكم بالصحة **والحكم بالموجب** وأوردها الشيخ تقي الدين محمد الفتوحي في شرحه للمنتهى وهي نافعة جيدة موضحة لما سبق.." [٢]

"لو نفذه حاكم آخر لزمه إنفاذه ؛ لأن الحكم المختلف فيه صار محكوما به فلزمه تنفيذه كغيره، (وفي كلام بعضهم) أي الأصحاب (أنه) أي التنفيذ (عمل بالحكم) المنفذ (وإجازة له وإمضاء كتنفيذ) الوارث (الوصية) حيث توقفت على الإجازة.

---

(١) كشاف القناع عن متن الإقناع البهوتي ٣٢٣/٦

(٢) كشاف القناع عن متن الإقناع البهوتي ٣٢٤/٦

قال ابن نصر الله: والظاهر أنه ليس بحكم بالمحكوم به، إذ الحكم بالمحكوم به تحصيل للحاصل، وهو محال، وإنما هو عمل بالحكم وإمضاء له كتنفيذ الوصية وإجازة له، فكأنه يجيز هذا المحكوم به بعينه لحرمة الحكم، وإن كان حبس ذلك المحكوم به غيره انتهى. وذكر ابن الفرس الحنفي ما ملخصه: أن التنفيذ حكم إن كان الترافع عن خصومة، وأن الحادثة الشخصية الواحدة يجوز شرعا أن تتوارد عليها الأحكام المتعددة المتفقة في الحكم الشرعي. وأما التنفيذ المتعارف الآن المستعمل غالبا فمعناه إحاطة القاضي علما بحكم القاضي الأول على وجه التسليم، وأنه غير معترض عليه، ويسمى اتصالا ويتجوز بذكر الثبوت والتنفيذ فيه

(والحكم بالصحة يستلزم ثبوت الملك والحيازة قطعا) ، فمن ادعى أنه ابتاع من المدعى عليه عينا واعترف له بذلك لم يجز للحاكم الحكم بصحة البيع بمجرد ذلك، حتى يدعي المدعي أنه باعه العين المذكورة وهو مالك، ويقيم البينة بذلك. (والحكم بالموجب) بفتح الجيم (حكم بموجب الدعوى الثابتة ببينة أو غيرها) كالإقرار والنكول، (فالدعوى المشتملة على ما يقتضي صحة العقد المدعى به) من نحو بيع أو إجارة (الحكم فيها بالموجب حكم بالصحة) ؛ لأنها من موجبه كسائر آثاره.

قال الولي العراقي: فيكون الحكم بالموجب حينئذ أقوى مطلقا لسعته وتناوله الصحة وآثارها.

(و) الدعوى (غير المشتملة على ذلك) أي ما يقتضي صحة العقد المدعى به كأن ادعى أنه باعه العين فقط (الحكم فيها بالموجب ليس حكما بها) أي: الصحة، إذ موجب الدعوى حينئذ حصول صورة بيع بينهما ولم تشتمل الدعوى على ما يقتضي صحته ؛ حيث لم يذكر أن العين كانت للبائع ملكا ولم تقم به بينة، وصحة العقد تتوقف على ذلك بخلاف ما سبق. لا يقال: هو أيضا في الأولى لم يدع الصحة فكيف يحكم له بها؟ لأن دعواها وإن لم تكن صريحة فهي واقعة ضمنا ؛ لأنها مقصود المشتري.

(وقال بعضهم) هو التقي السبكي وتبعه ابن قندس: (الحكم بالموجب يستدعي صحة الصيغة) أي الإيجاب." [١]

"والقبول قولين كانا أو فعلين، أو صيغة الوقف أو العتق كذلك، (وأهلية المتصرف) من بائع وواقف ونحوهما، (ويزيد الحكم بالصحة كونه تصرفه في محله) بأن يكون تصرفه فيما يملكه ولا مانع منه، (وقاله) السبكي (أيضا الحكم بالموجب هو الأثر) أي: الحكم بالأثر (الذي يوجبه اللفظ) أي: يترتب على صيغة العاقد، (و) الحكم (بالصحة كون اللفظ) أي الصيغة (بحيث يترتب عليه الأثر) من انتقال الملك ونحوه، فالحكم بالموجب حكم على العاقد بمقتضى عقده، لا حكم بالعقد بخلاف الحكم بالصحة، (وهما) أي: الحكم بالصحة والحكم بالموجب (مختلفان فلا يحكم بالصحة إلا باجتماع لشروط) أي: شروط العقد المحكوم بصحته، وإن لم يجتمع، فهو حكم بالموجب.

(والحكم بالإقرار ونحوه كالحكم بموجبه) ، إذ معناه إلزام المقر بما أقر به وهو أثر إقراره، ولا يحكم بالصحة، نقله الولي العراقي عن شيخه البلقيني وقال: ولا يظهر لهذا معنى فليتأمل، وقد رجع الشيخ إلى ما ذكرته أولا من أن الحكم بالموجب يتضمن الحكم بالصحة (والحكم بالموجب لا يشمل الفساد انتهى) ، هذا رد لقول القائل: إن الحكم بالموجب لا فائدة له ؛ لأن

---

(١) شرح منتهى الإرادات = دقائق أولي النهى لشرح المنتهى البهوتي ٣/٥٠٤

معناه حكمت بصحته إن كان صحيحا وبفساده إن كان فاسدا، فهو تحصيل للحاصل، وحاصل الجواب أن موجبه هي آثاره التي تترتب عليه، والفساد ليس منها فلا يشمله **الحكم بالموجب**، قال (المنقح: والعمل على ذلك.

وقالوا) أي الأصحاب: (**الحكم بالموجب** يرفع الخلاف) ؛ لأنه حكم على العاقد بمقتضى ما ثبت عليه من العقد، فلو وقف على نفسه وحكم بموجبه من يراه فليس لشافعي سماع دعوى الواقف في إبطال الوقف بمقتضى كونه وقفا على النفس، حتى يتبين موجب لعدم صحة الوقف ككون الموقوف مرهونا مثلا. وقد ذكر الولي العراقي في رسالة له ذكرها في شرحه فروقا بين الحكم بالصحة **والحكم بالموجب** عن شيخه البلقيني مع مناقشته له، وذكر ملخص ما اختاره غير ما سبق منها أن **الحكم بالموجب** يتناول الآثار بالتنصيص عليها للإتيان بلفظ عام يتناول جميع آثارها، فإن موجب الشيء هو مقتضاه، وهو مفرد مضاف فيعم كل موجب بخلاف لفظ الصحة ؛ فإنها إنما تتناول الآثار بالتضمن لا بالتنصيص عليها، ومقتضاه أن يكون **الحكم بالموجب** أعلى، وهو خلاف الاصطلاح، ولو حكم حنفي." [1]

"بموجب التدبير لم يجز بيعه بعد ؛ لأن من موجبه منع بيع المدبر فقد صار محكوما بعدم بيعه في وقته، بخلاف ما لو علق مكلف طلاق أجنبية على تزويجه بها وحكم بموجبه حنفي أو مالكي ثم تزوج بها وبادر شافعي وحكم باستمرار العصمة وعدم وقوع الطلاق نفذ حكمه، ولم يكن نقضا لحكم الأول بموجب التعليق ؛ لأنه يتناول وقوع الطلاق لو تزوج بها ؛ لأنه أمر لم يقع إلى الآن فكيف يحكم على ما لم يقع؟ ، ومنها إذا كان الصادر صحيحا باتفاق ووقع الاختلاف في موجبه، فالحكم بالصحة لا يمنع من العمل بموجبه عند غير الحاكم بالصحة، ولو حكم فيه بالموجب امتنع العمل بموجبه عند غير الحاكم بالموجب، ولا بأس بهذا الفرق لكنه مقيد بما إذا كان جاء وقت الحكم بموجبه فمتى لم يجئ وقته فلغيره الحكم بموجبه عنده عند مجيء وقته.

وقد يكون **الحكم بالموجب** أقوى كما لو حكم شافعي بموجب شراء دار فليس للحنفي أن يحكم بشفعتها للجار، بخلاف ما لو كان الشافعي حكم بالصحة، وكذا لو حكم بصحة التدبير لم يمنع حكم الشافعي ببيعه بعد، بخلاف ما لو حكم بموجبه، وكذا لو حكم شافعي بصحة إجارة ثم مات مؤجر فللحنفي إبطالها بالموت، ولو كان حكم بموجبها لم يكن للحنفي الحكم بإبطالها بالموت ؛ لأن من موجبها الدوام والاستمرار للورثة. ونازع العراقي في هذه الصورة الثالثة، وفرق بينها وبين اللتين قبلها بأن الحكم بموجب الإجارة قبل الموت لم يتوجه إلى عدم الانفساخ ؛ لأنه لم يجئ وقته ولم يوجد سببه. ولو وجه الحكم إليه فقال: حكمت بعدم انفساخ الإجارة إذا مات المستأجر لم يكن ذلك حكما، وكيف يحكم على ما لم يقع؟ قلت: وفيه نظر ؛ لأن عدم انفساخ الإجارة هو معنى لزومها وهو موجود منذ تفرقا من المجلس، فهو كمنع بيع المدبر عند الحنفي بلا فرق. ثم نقل عن شيخه البلقيني ضابطا وهو أن المتنازع فيه إن كان صحة ذلك الشيء وكانت لوازمه لا تترتب إلا بعد صحته، كان الحكم بالصحة رافعا لخلاف واستويا حينئذ.

وإن كان المتنازع فيه الآثار واللوازم كان الحكم بالصحة غير رافع للخلاف، وكان **الحكم بالموجب** رافعا وقوي الموجب

---

(١) شرح منتهى الإرادات = دقائق أولي النهى لشرح المنتهى البهوتي ٣/٥٠٥

حينئذ، وإن كانت آثاره تترتب مع فساده قوي الحكم بالصحة على **الحكم بالموجب**، لكن لو حكم حنفي بموجب وقف شرط فيه التغيير والزيادة والنقص، فهل للشافعي المبادرة بعد التغيير." (١)

"إلى الحكم بإبطاله ؛ لأنه إلى الآن لم يقع كما سبق في مسألة التعليق؟ أو ليس له ذلك كمسألة التدبير والشفعة ؛ لأن حكم الحنفي بموجبه يتضمن الإذن للواقف في التغيير، فقد فعل ما هو مأذون له فيه من حاكم شرعي فليس لحاكم آخر منعه. قال: وقد تحرر من الفرق بين **الحكم بالموجب** والصحة أن الحكم بالصحة متوجه إلى نفس العقد صريحا وإلى آثاره تضمنا، وأن **الحكم بالموجب** متوجه إلى الآثار صريحا وإلى نفس العقد تضمنا، فليس أحدهما أقوى من الآخر إلا على ما بحثته من توجه **الحكم بالموجب** إلى صحة العقد وجميع آثاره صريحا، فإن الصحة من موجبه فيكون **الحكم بالموجب** حينئذ أقوى مطلقا لسعته وتناوله الصحة وآثارها.

ثم رجع المصنف إلى أمر المحابيس فقال: (ومن لم يعرف خصمه وأنكره) المحبوس بأن قال حبست ظلما، ولا حق علي ولا خصم لي (نودي بذلك) في البلد، قال في المقنع ومن تبعه: ثلاثا ولم يذكره في المحرر والفروع وغيرهما. ولعل التقييد بالثلاث أنه يشتهر بذلك ويظهر أن الغريم إن كان غائبا، ومن لم يقيد فمراده أنه ينادى عليه حتى يغلب على الظن أنه ليس له غريم ويحصل ذلك غالبا في ثلاث: فالمعنى في الحقيقة واحد كما أشار إليه في الإنصاف، (فإن لم يعرف) خصمه بعد ذلك (خلفه) أي المحبوس (حاكم وخلاه) أي أطلقه، إذ الظاهر أنه لو كان له خصم لظهر، (ومع غيبة خصمه) المعروف (يبعث إليه) ليحضر للبحث عن أمر المحبوس، (ومع جهله أو تأخره بلا عذر يخلى) سبيله، (والأولى) أن يكون ذلك (بكفيل) احتياطا. قلت: ولعله إن لم يعلم حبسه بدين شرعي، وإلا لم يجز إطلاقه إلا إذا أدى أو ثبت إعساره كما في باب الحجر.

[فصل القاضي إذا أتم أمر المحبوسين ينظر في أمر أيتام ومجانين لا ولي لهم]

فصل ثم إذا تم أمر المحبوس (ينظر في أمر أيتام ومجانين ووقوف ووصايا لا ولي لهم) أي: الأيتام والمجانين (ولا ناظر) للوقف والوصايا ؛ لأن هذه أموال يتعلق بها حفظها وصرفها في وجوهها، فلا يجوز إهمالها، ولا نظر له مع الولي أو الناظر الخاص، لكن له الاعتراض إن فعل ما لا." (٢)

"جنس شاء وبالحال والمؤجل، قال في التتمة: لكن لا يرهنه بأكثر من قيمته؛ لأن فيه ضررا فإنه لا يمكنه فكه إلا بقضاء جميع الدين. (فلو تلف في يد المرتهن فلا ضمان) على الراهن لم يسقط الحق عن ذمته. وعلى قول العارية عليه الضمان ولا شيء على المرتهن بحال. (ولا رجوع للمالك بعد قبض المرتهن) وعلى قول العارية له الرجوع في وجه الأصح لا رجوع وإلا لم يكن لهذا الرهن معنى وله قبل قبض المرتهن الرجوع على القولين (فإذا حل الدين أو كان حالا روجع المالك للبيع، ويباع إن لم يقض الدين) من جهة الراهن أو المالك، أي على القولين، وإن لم يأذن المالك وعلى الوجه المرجوح بجواز

---

(١) شرح منتهى الإرادات = دقائق أولي النهى لشرح المنتهى البهوتي ٥٠٦/٣

(٢) شرح منتهى الإرادات = دقائق أولي النهى لشرح المنتهى البهوتي ٥٠٧/٣

الرجوع على قول العارية يتوقف البيع على الإذن. (ثم يرجع المالك) على الراهن (بما بيع به) على قول الضمان سواء بيع بقيمته أم بأكثر أم بأقل بقدر يتغابن الناس بمثله. وعلى قول العارية يرجع بقيمته أن بيع بها أو بأقل وكذا بأكثر عند الأكثرين لأن العارية بها تضمن وقال القاضي أبو الطيب وجماعة رجع وبيع به لأنه ثمن ملكه قال الرافعي هذا أحسن، زاد في الروضة: هذا هو الصواب.

ـــــــSلأنه معلوم كقبول العارية. قوله: (لم تجز مخالفته) ولو من وكيل لموكله وعكسه أو من صفة لدونها ومتى خالف بطل الرهن في جميعه ولا تفرق الصفقة. قوله: (قدرا) أي من الماء قال شيخنا أو من الأجل وعزاه لشيخنا م ر وخالفه ابن قاسم. قوله: (لا يرهنه بأكثر من قيمته) ينبغي إن لم يقل: ارهنه بما شئت على نظير ما مر عن القمولي على الوجه الأول. قوله: (فلو تلف في يد المرتهن) خرج بها يد الراهن فيضمنه سواء قبل الرهن وبعد انفكاكه ضمان العوالي، ولو أتلفه أجنبي قبل قبض المرتهن قام بدله مقامه، قال شيخنا: وفيه بحث لأن العارية عقد جائز وهو يبطل بالتلف، فراجعه ولو أعتقه مالكه نفذ قبل الرهن مطلقا ولا غرم وبعد الرهن من الموسر ويغرم قيمته رهنا مكانه كما في الراهن، ولو استعار من يعتق عليه فرهنه ثم ورثه لم يعتق عليه لتعلق حق الغير به.

قوله: (فلا ضمان) قال شيخنا: وإن فسد الرهن بمخالفته، بما تقدم ومنها ما لو عدل عن زيد إلى عمرو ونوزع في هذه لأنها من الغصب. قوله: (بحال) وإن فسدت العارية. قوله: (بعد قبض المرتهن) أي الشروع في قبضه فيشمل ما معه. قوله: (روجع المالك) أي بعد مراجعة الراهن وامتناعه، ولو مات المعير والدين مؤجل لم يجب وفاؤه من العين حتى يحل الأجل. قوله: (من جهة الراهن) أو المالك أو غيرهما أو براءة المرتهن والبائع له الحاكم أي وللراهن شراؤه ولو بغير إذن المرتهن أي مع بقائه على الرهنية وبها يلغز فيقال مرهون يباع بغير إذن المرتهن قاله الدميري ويقال أيضا مرهون يباع مع بقائه على الرهن. قوله: (ثم يرجع المالك) أي إن كان قد رهن بإذن الراهن، وإلا فلا يرجع كما في الضمان وكذا لو أدى الدين من غير المرهون بلا إذن الراهن ويصدق الراهن في عدم الإذن وتصح شهادة المرتهن به عليه للمعير. قوله: (بما بيع به) هو المعتمد ولو على قول العارية كما ذكره عن القاضي وغيره وصوبه في الروضة. قوله: (بقدر يتغابن الناس بمثله) فإن أذن المالك بأكثر منه جاز قال بعض مشايخنا وينبغي عدم الجواز إذا لم يف ما أذن فيه بالدين مراعاة لحق المرتهن فراجعه، ومن هنا يعلم أن القدر المتغابن به يغتفر في العقود لا في الإتلافات.

قاعدة: حكم المخالف ينقض إن خرج مخرج الإفتاء، وإلا فلا ثم إن كان **الحكم بالموجب** بفتح الجيم امتنع النقض فيما حكم به، وفيما يترتب عليه، أو بالصحة نقض فيما يترتب عليه دونه، فلو حكم شافعي بصحة الرهن ثم استعاده الراهن ثم أفلس أو مات ثم رفع لمخالف يرى بطلان الرهن بالاستعادة، ويرى قسمة المرهون بين الغرماء، نفذ حكم المخالف لأن هذه قضية طرأت بعد اتفاقهما على الصحة، وإن كان الشافعي قد حكم بالموجب لم ينفذ حكم المخالف ببطلان الرهن بالاستعادة

ـــــــQعنده. قوله: (لأنه لم يسقط الحق) أي فلا يمكن رجوع الضامن والحق باق في ذمة الأصيل. قوله: (ولا شيء على المرتهن) أي لأنه أمسكه هنا لا عارية. قوله: (وله قبل قبض إلخ) أي لأن الرجوع في مثل ذلك ثابت للمديون ولا لزوم في

حقه فأولى أن لا يلزم في حق غيره. قول المتن: (روجع المالك) وذلك لأن المالك لو رهن على دين نفسه لروجع فهذا أولى. قوله (من جهة الراهن) أي ولو كان موسرا وامتنع من الإعطاء كما لا يمنع يسار الأصيل مطالبة الضامن. قوله: (أو بأقل) لو كان النقص هذا قدرا يتسامح الناس به رجع بتمام القيمة خلاف ما سلف على قول الضمان.." (١)

"لأنه في الصورة الأولى يدعو إلى قول إليه وفي الثانية في محل ولايته سببها العمل ظاهرا ولا تحرم في غير محل ولايته كما في الروضة وأصلها. (وإن كان يهدي) قبل ولايته (ولا خصومة) له (جاز) قبولها إذا كانت (بقدر العادة، والأولى أن يثيب عليها) فإن زادت على العادة حرم قبولها. .

(ولا ينفذ حكمه) أي القاضي (لنفسه ورقيقه وشريكه في المشترك وكذا أصله وفرعه) ، ورقيق كل منهما وشريكه في المشترك (على الصحيح) ، والثاني ينفذ حكمه لهم بالبينة ولا ينفذ بعلمه قطعا، وينفذ حكمه على المذكورين معه (ويحكم له ولهؤلاء) إذا وقع لكل منهم خصومة. (الإمام أو قاض آخر وكذا نائبه على الصحيح) والثاني ينزله منزلته. .

(وإذا أقر المدعى عليه أو نكل فحلف المدعي وسأل القاضي أن يشهد على إقراره عنده، أو يمينه) أي المدعي بعد النكول (أو الحكم بما ثبت والإشهاد به لزمه) ما ذكر (أو أن يكتب له) في قرطاس أحضره (محضرا بما جرى من غير حكم أو سجلا بما حكم)

ـــــــSفرع: الإهداء للمفتي والمعلم ولو لقرآن والواعظ يندب قبوله إن كان لمحض وجه الله تعالى، وإلا فالأولى عدمه بل يحرم إن لم يعلم أنه عن طيب نفس. قوله: (إليه) ولو بنائبه أو إلى بيته أو محجوره أو نحوه. قوله: (خصومة) ولو مآلا قوله: (حرم قبولها) : ولا يملكها ويحرم الإهداء ونحوه مما مر على فاعله إلا لأجل الحكم بالحق. قوله: (ولا تحرم إلخ) ما لم تكن مقدمة لخصومة كما علم.

قوله: (أن يثيب) أو يردها أو يجعلها في بيت المال.

قوله: (حرم قبولها) أي جميعها إلا أن يمكن فصل الزائد ورده.

قوله: (لنفسه) أما على نفسه فإقرار على المعتمد قال شيخنا الرملي، ويصح حكمه لمحجوره وإن كان وصيا عليه قبل القضاء وإن تضمن استيلاءه على المال وكذا بإثبات وقف شرط نظره لقاض وجد وصفه فيه، وإن تضمن وضع يده عليه وبإثبات مال بيت المال، وإن كان يرزق منه لا بما أجره هو أو مأذونه من وقف على مدرسة هو مدرسها مثلا.

قوله: (وسأل) فلو لم يسأل لم يلزمه لأنه يمتنع الحكم له قبل سؤاله.

قوله: (أو يمينه) أو قبول بينة أقامها. قوله: (لزمه ما ذكر) وكذا لو حلف المدعى عليه ابتداء وسأل القاضي الإشهاد ليكون حجة له فلا يطالبه مرة أخرى.

---

(١) حاشيتا قليوبي وعميرة القليوبي ٣٣١/٢

تنبيه: صيغة الحكم حكمت له بكذا، أو قضيت له به أو ألزمته الحق وما صح عندي كذا بالبينة العادلة، فلهو ليس يحكم بالحق بل تعديل للبينة وكذا ثبت عندي كذا ليس بحكم أيضا إلا في نحو وقف على الفقراء.

فائدة: **الحكم بالموجب** يلزمه الصحة ويتناول الآثار الموجودة والتابعة، والحكم بالصحة يتناول الموجودة فقط، ولكنه أقوى من حيث استلزامه الملك وقد ذكر الولي العراقي الفرق بين الحكم بالصحة **والحكم بالموجب** في مؤلف له. ونحن نذكر حاصله لما فيه من الفوائد الجليلة ونذكر ما خولف فيه في أثنائه مع زيادة عليه فنقول الآثار المترتبة إن كانت متفقا عليها فأمرها واضح لا حاجة إلى ذكره، وأما المختلف فيها فشرط صحة الحكم بها ومنع المخالف من نقضها أن يكون قد دخل وقتها كما لو حكم حنفي بموجب التدبير ومن موجبه منع بيعه عنده فليس للشافعي أن يأذن في بيعه إذا رفع إليه، فإن لم يدخل وقتها حين الحكم فهو إفتاء لا حكم منه كما لو علق إنسان طلاق امرأة أجنبية على نكاحه لها وحكم مالكي بموجبه، فإذا عقد ذلك الإنسان عليها كان للشافعي الحكم باستمرار النكاح إذا رفع إليه لأن وقوع الطلاق معلق على سبب لم يوجد حال الحكم، فهو نظير ما لو قال حكمت بصحة بيع هذا العبد إذا بيع أو بطلاق هذه المرأة إذا طلقها زوجها، وهذا جهل أو سفه وفي شرح شيخنا اعتماد خلاف هذا والرد على الولي العراقي فيه، ولم يرتضه شيخنا وغيره ولي بهم أسوة ومنه ما لو حكم شافعي بموجب الإجارة ثم مات المؤجر فللحنفي أن يحكم بفسخه لعدم دخول وقت الفسخ حالة حكمه وقد يستوي الحكم بالصحة، **والحكم بالموجب** كما لو حكم حنفي بالنكاح بلا ولي أو بشفعة الجوار أو بالوقف على النفس، وكما لو حكم شافعي بإجارة الجزء الشائع من دار أو عبد وقد يفترقان كما في مسألة التدبير السابقة، فللشافعي الحكم بصحة بيعه إن حكم الحنفي بالصحة لا إن حكم بالموجب، وكما لو حكم الشافعي ببيع دار لها جار فللحنفي الحكم بصحة الشفعة للجاران حكم الشافعي بالصحة لا إن حكم بالموجب لأن للاستمرار والدوام ومنه ما لو حكم مالكي في القرض فيمتنع على الشافعي أن يحكم بالرجوع في عينه إن حكم بالموجب، لا إن حكم بالصحة ومنه ما لو حكم شافعي في الرهن فللمالكي الحكم بفسخه بنحو عتق الراهن مثلا إن حكم الشافعي بالصحة لا إن حكم بالموجب لأن موجبه عند الشافعي استمراره ومن أراد المزيد على ذلك فليراجع أصله وغيره من محله.

ــــــــQ «المستشير معان والمستشار مؤتمن» . .

قول المتن: (وكذا أصله وفرعه) أي حتى في سماع الدعوى والبينة ويجوز لزوجته وصديقه وفي التهذيب يجوز أن يحلف ابنه على خلو ذمته لأنه ليس حكما له. قوله: (والثاني ينفذ إلخ) . لعموم أدلة القضاء بين الناس ولأنه أسير البينة بخلاف الشهادة لهما، ولو حكم لولده على ولده امتنع أيضا. وقيل يجوز كالبيع.

قول المتن: (نص الكتاب) المراد ما يشمل الظاهر." (١)

---

(١) حاشيتا قليوبي وعميرة القليوبي ٣٠٤/٤

"يمينا، (وفي قول تستعملان) فتنزع العين منه وعلى هذا (ففي قول تقسم) بينهما أي يكون لكل نصفها (و) في (قول يقرع بينهما) فيأخذها من خرجت قرعته (و) في (قول يوقف الأمر حتى يبين أو يصطلحا) وسكت في الروضة كأصلها عن ترجيح واحد من الثلاثة، (ولو كانت في يدهما وأقاما بينتين بقيت) في يدهما (كما كانت) على قول السقوط وتجعل بينهما على قول القسمة ولا يجيء الوقف وفي القرعة وجهان، (ولو كانت بيده) وحده (فأقام غيره بها بينة وهو بينة قدم صاحب اليد) ترجيحا لبينته بها (ولا تسمع بينته إلا بعد بينة المدعي) ؛ لأنه وقت إقامتها (ولو أزيلت يده ببينة ثم أقام بينة بملكه مستندا إلى ما قبل إزالة يده واعتذر بغيبة شهوده سمعت وقدمت) ؛ لأنها إنما أزيلت لعدم الحجة وقد ظهرت فينقض القضاء، (وقيل لا) والقضاء بحاله (ولو قال الخارج هو ملكي اشتريته منك فقال بل ملكي وأقاما بينتين) بما قالاه، (قدم الخارج) لزيادة علم بينته بالانتقال.

(ومن أقر لغيره بشيء ثم ادعاه لم تسمع) دعواه، (إلا أن يذكر انتقالا) منه؛ لأنه مؤاخذ بإقراره ويستصحب إلى الانتقال (ومن أخذ منه مال ببينة ثم ادعاه لم يشترط ذكر الانتقال في الأصح) ؛ لأنه قد يكون له بينة بملكه فترجح باليد السابقة كما تقدم والثاني يشترط كالإقرار، (والمذهب أن زيادة عدد شهود أحدهما لا ترجح) لكمال الحجة في الطرفين وفي قول من طريق ترجح؛ لأن القلب إلى الزائد أميل (وكذا لو كان لأحدهما رجلان وللآخر رجل وامرأتان) لا يرجح الرجلان وفي قول من طريق يرجحان لزيادة الوثوق بقولهما، وترجيح طريق القطع في المسألتين في أصل الروضة (فإن كان للآخر شاهد ويمين رجح الشاهدان في الأظهر) ؛ لأنهما حجة بالإجماع وفي الشاهد واليمين خلاف، والثاني يتعادلان؛ لأن كلا منهما حجة كافية في المال (ولو شهدت بينة لأحدهما ذلك من سنة)

ـــــــsيدهما) أو لا في يد أحد. قوله: (بقيت في يدهما) إن لم يكن مرجح لأحدهما ومنه اليد الآتية، وظاهر أن مقيم البينة أولا في الذي بيدهما يحتاج إلى إقامتها ثانيا للنصف الذي بيده لتقع بعد بينة الخارج، ولو أقام كل منهما بينة بما في يد الآخر حكم له به وبقيت في يدهما.، وكذا لو لم تكن بينة سواء حلف كل منهما أو نكلا. قوله: (بيده وحده) أي لا عن التقاط وإلا فهي كالعدم. قوله: (ترجيحا لبينته بها) أي باليد وإن كانت بينته شاهدا ويمينا. والأخرى شاهدين ومن المرجح ما لو شهدت إحداهما بغصب، والأخرى بشراء فتقدم هذه لصحة نقلها. ولو شهدت بينة الخارج بأن الداخل أقر له بالملك قدمت ما لم تشهد الأخرى بانتقاله من المقر وإلا فتقدم وتقدم من قالت اشتراه من زيد وهو ملكه على من قالت وهو في يده، وتقدم من قالت وهو في يده على من قالت وتسلمه منه وليس من المرجح بينة وقف ولا بينة مع حكم. فلو أقامت بنت من وقف وقفا ولو مع حكم به بينة أن أباها باعه لها أو ملكه قبل وقفه سمعت وبطل الوقف قاله شيخنا الرملي وترجح الحكم بالصحة أو المطلق لحمله عليها على **الحكم بالموجب** قوله: (بعد بينة المدعي) ولو قبل تعديلها نعم إن كان في إقامة بينة الداخل أولا دفع ضرر كدفع تهمة سرقة سمعت ولا يحتاج لإعادتها بعد بينة الخارج. قاله شيخنا الرملي قوله: (مستندا إلخ) لا بد من ذكره في الدعوى وفي الشهادة وإلا فلا تسمع. قوله: (واعتذر إلخ) ليس بقيد إلا إن ظهر ما يخالفه على المعتمد كما قاله الولوي العراقي المشهور بالولي العراقي. قوله: (بما قالاه) خرج ما لو شهدت كل بينة بأنه اشتراه من صاحبه فتقدم بينة ذي اليد.

قوله: (إلا أن يذكر انتقالا) قال شيخنا الرملي ولا بد من ذكر سبب الانتقال في هذا، وفي نظائره كإقرار أو هبة أو شراء فلو أقام بينة أنه أقر له بها والآخر بينة بأنها ملكه قدمت الأولى لذكر السبب. قوله: (مؤاخذة له بإقراره) ولو حكميا كاليمين المردودة قوله: (لم يشترط ذكر الانتقال) .

قال شيخنا: ولا يشترط ذكر السبب هنا مطلقا كما قاله الجمهور بخلاف ما تقدم بأن ذاك في دعوى واحدة بخلافه هنا.

فرع: لو قال وهبته له وملكه لم يكن إقرارا بلزوم الهبة لجواز اعتقاده لزومها بالعقد.

تنبيه: لو اختلف زوجان أو وارثاهما أو أحدهما. ووارث الآخر في أمتعة دار وإن صلحت لأحدهما فقط ولا بينة ولا اختصاص بيد فلكل تحليف الآخر فإن حلفا جعلت بينهما وإن حلف أحدهما قضى له شيخنا الرملي قوله: (رجل وامرأتان) أو أربع نسوة فيما يقبلن فيه قوله: (شاهد ويمين) أي وليس معه يد والأرجح قوله: (رجح الشاهدان) وكذا الرجل والمرأتان وكذا الأربع نسوة فيما يقبلن فيه قوله:

ـــــــQبمعناه والثالث بالقياس على ما لو زوجها وليان ونسي أسبقهما، قوله: (فيأخذها من خرجت قرعته) أي مع اليمين بناء على أن الحكم بدعواه مع القرعة فإن قلنا باليمين فلا، وحكى الأول في البحر عن النص وعامة الأصحاب، قوله: (عن ترجيح واحد إلخ) ورجح الرافعي الثالث في التحالف ولو كانت البينتان في نسب سقطت الأقوال الثلاثة، وليس هناك إلا القيافة،.

قول المتن: (ومن أخذ إلخ) هذه المسألة في الحقيقة من فروع قوله قبل ذلك، ولو أزيلت يده ببينة وإنما أخرها إلى هنا ليبين الفرق بين ما استحق بالإقرار وما أزيل بالبينة، لكن قد سلف أن بينة الداخل تحتاج أن تضيف إلى ما قبل الإزالة وحينئذ فلا وجه لمقابل الأصح فليتأمل. قوله: (لأن القلب إلخ) وكنظيره من الرواية وفرق الأول بأن الشهادة نص فيتبع، قوله: (ترجيح إلى آخره) جواب عن قول الزركشي إن الذي رجحه الرافعي." (١)

"(و) كذا (لا ينعزل) أيضا فعزله ولا بموته ولا بموت السلطان بل بعزله.

زيلعي وعيني وابن ملك

وغيرهم في الوكالة.

واعتمده في الدرر والملتقى.

وفي البزازية: وعليه الفتوى، وتمامه في الاشباه.

وفي فتاوى المصنف: وهذا هو المعتمد في المذهب، لا ما ذكره ابن الغرس لمخالفته

للمذهب (ونائب غيره) أي غير المفوض إليه (إن قضى عنده أو) في غيبته و (أجازه) القاضي (صح) قضاؤه لو أهلا، بل لو قضى فضولي أو هو في غير نوبته وأجازه جاز، لان المقصود حصول رأيه.

---

(١) حاشيتا قليوبي وعميرة القليوبي ٤/٣٤٥

بحر قال: وبه علم دخول الفضولي في القضاء.

فرع: في الاشباه والمنظومة المحبية: لو فوض لعبد ففوض لغيره صح، ولو حكم بنفسه لم يصح، ولو عتق فقضى صح، بخلاف صبي بلغ (وإذا رفع إليه حكم قاض) خرج المحكم ودخل الميت والمعزول والمخالف لرأيه لانه نكرة في سياق الشرط فتعم، فافهم (آخر) قيد اتفاقي

إذ حكم نفسه قبل ذلك كذلك.

ابن كمال (نفذه) أي ألزم الحكم والعمل بمقتضاه لو مجتهدا فيه عالما باختلاف الفقهاء فيه، فلو لم يعلم لم يجز قضاؤه ولا يمضيه الثاني في ظاهر المذهب.

زيلعي

وعيني وابن كمال.

لكن في الخلاصة: ويفتى بخلافه وكأنه تيسيرا، فليحفظ

بعد دعوى صحيحة من خصم على خصم حاضر، وإلا كان إفتاء فيحكم بمذهبه لا غير.

بحر.

وسيجئ آخر الكتاب.

وأنه إذا ارتاب في حكم الاول له طلب شهود الاصل، قال: وبه عرف أن تنافيذ زماننا لا تعتبر لترك ما ذكر،

وقد تعارفوا في زماننا القضاء بالموجب،

وهو عبارة عن المعنى المتعلق بما أضيف إليه في ظن القاضي شرعا من حيث إنه يقضي به، فإذا

حكم حنفي بموجب بيع المدبر كان معناه الحكم ببطلان البيع، ولو قال الموثق وحكم بمقتضاه لا يصح، لان الشئ لا يقتضي بطلان نفسه، وبه ظهر أن **الحكم بالموجب** أعم.

نهر (إلا ما) عري عن دليل مجمع أو (خالف كتابا) لم يختلف في تأويله السلف كمتروك تسمية (أو سنة مشهورة) كتحليل بلا وطئ لمخالفته حديث العسيلة المشهور (أو إجماعا) كحل المتعة لاجماع الصحابة على فساده وكبيع أم ولد على الاظهر، وقيل ينفذ على الاصح (و) من ذلك ما (لو قضى بشاهد ويمين) المدعي لمخالفته للحديث المشهور البينة على من ادعى، واليمين على من أنكر (أو بقصاص بتعيين الولي واحدا من أهل المحلة بحصة نكاح المتعة أو الموقت أو بصحة بيع معتق البعض أو بسقوط الدين بمضي سنين أو بصحة) طلاق (الدور وبقاء النكاح) كما مر في بابه (وقضاء عبد وصبي مطلقا و) قضاء (كافر على مسلم أبدا ونحو ذلك) كالتفريق بين الزوجين بشهادة المرضعة (لا ينفذ) في الكل، وعد منها في الاشباه نيفا وأربعين، وذكر في الدرر لما ينفذ سبع صور، منها لو قضت المرأة بحد وقود،

وسيجئ متنا خلافا لما ذكره المصنف شرحا، والاصل أن القضاء يصح في موضع الاختلاف لا الخلاف، والفرق أن للاول دليلا لا الثاني.

وهل اختلاف الشافعي معتبر؟ الاصح نعم.

صدر

الشريعة (يوم الموت لا يدخل تحت القضاء، بخلاف يوم القتل) فلو برهن على موت أبيه في يوم كذا ثم برهنت امرأة أن." (١)

"مصر إلى آخر فلا يكون في التدارك حرج (انتهى) .

الثالث: ٢٠ -

أنه لا فرق بين الحكم بالصحة، **والحكم بالموجب** باعتبار الاستواء في الشرط السابق فإن وقع التنازع بين خصمين في الصحة كان الحكم بها صحيحا، وإن لم يقع بينهما تنازع فيها فلا، وكذا **الحكم بالموجب** إن وقع تنازع في موجب خاص من مواجب ذلك الشيء الثابت عند القاضي ووقعت الدعوى بشروطها، كان حكما بذلك الموجب فقط دون غيره، وإلا فلا، فإذا أقر بوقف عقاره عند القاضي، وشرط فيه شروطا وثبت ملكه لما وقفه وسلمه إلى ناظر ثم تنازعا عند قاض حنفي، وحكم بصحة الوقف ولزومه وموجبه لا يكون حكما بالشروط؛ فلو وقع التنازع في شيء من الشروط عند مخالف كان له أن يحكم بمقتضى مذهبه، ولا يمنعه حكم الحاكم الحنفي السابق إذ لم يحكم بمعاني الشروط إنما حكم بأصل الوقف، وما تضمنه من صحة الشروط، فليس للشافعي الحكم بإبطاله باعتبار اشتراط العلة له أو النظر أو الاستدلال.

٢١ - الرابع: بينا في الشرح حكم ما إذا حكم بقول ضعيف في

ــــــQ [الثالث لا فرق بين الحكم بالصحة **والحكم بالموجب]**

قوله: إنه لا فرق بين الحكم بالصحة، وبين **الحكم بالموجب** باعتبار الاستواء في الشرط السابق: أي من صدور دعوى صحيحة من مدع على مدعى عليه، وعدم الاكتفاء بالإجمال.

ويفهم من قوله باعتبار الاستواء في الشرط السابق أن بينهما فرقا من جهة أخرى، وقد فرقوا بينهما من وجوه: الأول: أن الحكم بالصحة منصب إلى نفاذ العقد الصادر من بيع أو وقف بموجب ما صدر عنه، ولا يستدعي ثبوت أنه مالك إلى حين البيع أو الوقف.

[الرابع حكم بقول ضعيف في مذهبه أو برواية مرجوع عنها]

(٢١) قوله: الرابع بينا في الشرح حكم ما إذا حكم بقول ضعيف إلخ: وهو أن." (٢)

"وحفظ أصل وغلة وجمعها وقسمتها) على مستحقيها وذكر حفظ الأصل والغلة من زيادتي، وهذا إذا أطلق النظر له أو فوض له جميع هذه الأمور (فإن فوض له بعضها لم يتعده) كالوكيل ولو فوض لاثنين لم يستقل أحدهما بالتصرف ما لم ينص عليه (ولواقف ناظر عزل من ولاه) النظر عنه (ونصب غيره) مكانه كما في الوكيل بخلاف ما إذا لم يكن ناظرا كأن شرط النظر لغيره حال الوقف فليس له ذلك؛ لأنه لا نظر له حينئذ ولو عزل هذا الغير نفسه لم ينصب بدله إلا الحاكم

---

(١) الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار علاء الدين الحصكفي ص/٤٧٠

(٢) غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر الحموي، أحمد بن محمد مكي ٣٣٢/١

وتعبيري بما ذكر أولى مما عبر به.

(كتاب الهبة) تقال لما يعم الصدقة والهدية ولما يقابلهما، وقد استعملت الأول في تعريفها والثاني في أركانها وسيأتي ذلك، والأصل فيها على الأول قبل الإجماع قوله تعالى ﴿فإن طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا﴾ [النساء: ٤] ، وقوله ﴿وآتى المال على حبه﴾ [البقرة: ١٧٧] الآية وأخبار كخبر الترمذي الآتي في الكلام على الرجوع فيها وخبر الصحيحين «لا تحقرن جارة لجارتها

ـــــــــحقه منها فعلم أن الموقوف عليه قد يغرم، وقد لا يحصل له رفق بالموقوف وأن هذا الشرط غير مناف للوقف حتى يلغى كشرط الخيار فيه مثلا، وإنما غايته أنه قيد استحقاقه لسكناه بأن يعمر ما انهدم منه، فإن أراد ذلك فليعمره وإلا فليعرض عنه ثم رأيت بعض مشايخنا أيده اهـ. حج شرح الإرشاد.

(قوله وحفظ أصل وغلة) وتولية مدرس وتنزيل طلبة مدرسة وصوفية خانقاه، وإن لم يجعل الواقف له ذلك، وليس له ولا للواقف ولا للإمام الأعظم عزل أحد من مستحقي الوقف بدون سبب يفسق به.

نعم لا يلزم الموثوق بعلمه وديانته بيان مستند العزل اهـ. ح ل.

(قوله لم يستقل أحدهما) أي، ولو بإذن الآخر إلا في شيء خاص ويحتمل مطلقا اهـ. ح ل (قوله ولواقف ناظر إلخ) وأفتى السبكي بأن للواقف والناظر عزل المدرس ونحوه إن لم يكن مشروطا في الوقف، ولو لغير مصلحة، وهو مردود بما في الروضة أنه لا يجوز للإمام إسقاط بعض الأجناد المثبتين في الديوان بغير سبب فالناظر الخاص أولى ولا أثر للفرق بأن هؤلاء ربطوا أنفسهم للجهاد الذي هو فرض ومن ربط نفسه لا يجوز إخراجه بلا سبب بخلاف الوقف فإنه خارج عن فرض الكفايات بل يرد بأن التدريس فرض أيضا، وكذا قراءة القرآن فمن ربط نفسه بهما فحكمه كذلك على تسليم ما ذكر من أن الربط به كالتلبس به وإلا فشتان ما بينهما، ومن ثم اعتمد البلقيني أن عزله من غير مسوغ لا ينفذ بل هو قادح في نظره، ولو طلب المستحقون من الناظر كتاب الوقف ليكتبوا منه نسخة حفظا لاستحقاقهم لزمه تمكينهم كما أفتى به الوالد – رحمه الله تعالى – اهـ. شرح م ر (قوله كما في الوكيل) لعل الأنسب أن يقول كما في الموكل (قوله فليس له ذلك) وأفتى أبو زرعة فيمن استأجر وقفا بشرطه وحكم له حاكم شافعي بموجبه وبعد انفساخها بموت أحدهما أو زيادة راغب أثناء المدة بأن هذا إفتاء لا حكم؛ لأن الحكم بالشيء قبل وقوعه لا معنى له كيف والموت أو الزيادة قد يوجدان وقد لا، فلمن رفع له الحكم بمذهبه. اهـ.

وما علل به ممنوع وفيه تحقيق بسطته آخر الوقف من الفتاوى وفي كتاب المستودع في بيع الماء **والحكم بالموجب** المسطر أوائل البيع في الفتاوى فراجعه فإنه مهم اهـ حج.

وكتب على قوله بأن هذا إفتاء لا حكم المعتمد أنه حكم لا إفتاء اهـ. شوبري (قوله ولو عزل هذا الغير) ومثله الواقف إذا شرط النظر لنفسه ثم عزل نفسه وليس من لازم إقامة الحاكم بدله أن يكون معزولا فإذا أراد العود بعد نصب الحاكم عاد للنظر وكتب أيضا، والذي أفتى به والد شيخنا أنه لا ينعزل ولكن الحاكم يقيم من يتصرف عنه اهـ. ح ل (قوله لم ينصب بدله إلا الحاكم) قضية هذا أنه انعزل بعزل نفسه لكن قال السبكي الذي أراه أنه لا ينعزل لكن لا يجب عليه النظر بل له

الامتناع ويرفع الأمر للقاضي ليقيم غيره مقامه وعليه فتولية الحاكم غيره كما مر ليس لانعزاله بل لامتناعه فإذا عاد عاد النظر اهـ. من شرح الإرشاد لشيخنا وقرر م ر مثله اهـ. ابن قاسم.

[كتاب الهبة]

(كتاب الهبة) من هب مر لمرورها من يد إلى أخرى أو استيقظ لتيقظ فاعلها للإحسان اهـ. شرح م ر.

وفي المصباح هبت الريح تهب هبوبا من باب قعد هاجت وهب من نومه استيقظ من باب قتل وهب السيف يهب من باب ضرب هبة اهتز ومضى ومنه قيل أتى امرأته هبة أي وقعة وذكرت عقب الوقف لمشاركتها له في مطلق التبرع، وإن كان التبرع فيها لمالك وفي الوقف لا لمالك (قوله ولما يقابلهما) وهو المراد عند الإطلاق اهـ. ح ل (قوله ولما يقابلهما) يمكن أن يعبر عنه بأنه تمليك بلفظ لا لثواب ولا لإكرام، وإن كان ليس لازما على ما سيأتي أن الثلاثة قد تجتمع (قوله على الأول) أي الذي هو المعنى الأعم اهـ. ح ل.

(قوله نفسا) تمييز محول عن الفاعل أي فإن طابت نفوسهن لكم عن شيء منه أي الصداق والآية الثانية أعم من هذه إذ تشمل الصداق وغيره والآيتان محتملتان للهبة والصدقة والهدية اهـ. عزيزي.

(قوله لا تحقرن جارة) بابه ضرب اهـ. مختار وفي القاموس الحقارة مثلثة والمحقرة والفعل كضرب وكرم وبمعنى الاحتقار والفعل كضرب فأفاد أن حقر إن استعمل لازما كان من باب ضرب وكرم، وإن استعمل متعديا كان من باب ضرب لا غير أي لا تستصغرن هدية لجارتها إلخ اهـ.." (١)

"لأنه قد ينكر بعد ذلك فلا يتمكن القاضي من الحكم عليه إذ لا يقبل قوله حكمت بكذا لأنه ربما نسي أو عزل وقولي أو حلف المدعي أعم من قوله أو نكل فحلف المدعي ولو حلف المدعى عليه وسأل القاضي ذلك ليكون حجة له فلا يطالبه مرة أخرى لزمه إجابته.

(أو) سأله (أن يكتب له) في قرطاس أحضره (محضرا) بما جرى من غير حكم (أو) أن يكتب له (سجلا) بما جرى مع الحكم به (سن إجابته) لأن في ذلك تقوية لحجته وإنما لم يجب كالإشهاد لأن الكتابة لا تثبت حقا بخلاف الإشهاد وسواء في ذلك الديون المؤجلة والوقوف وغيرهما نعم إن تعلقت الحكومة بصبي أو مجنون له أو عليه وجب التسجيل على ما نقل عن الزبيلي وشريح والروياني وكالمدعي في سن الإجابة المدعى عليه كما في الروضة كأصلها وصيغة الحكم نحو حكمت أو قضيت بكذا أو أنفذت الحكم به أو ألزمت الخصم به بخلاف قوله ثبت عندي كذا أو صح لأنه ليس بإلزام والحكم إلزام.

ــــــــQأن الحاكم لا يجب عليه الحكم إلا بطلب المدعي وهو كذلك إن كان لغير محجور عليه.

وعبارة ابن العماد في توقيف الحكام فمن ادعى حقا على خصمه، وأقام الحجة، وثبت ذلك بطريقه عند الحاكم فإن كان ذلك لمحجور عليه وجب على القاضي الحكم بأن يلزم الخصم بالخروج من الحق، وإن كان ذلك لغيره لم يكن له أن يحكم

---

(١) حاشية الجمل على شرح المنهج = فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب الجمل ٥٩٣/٣

حتى يطلب منه الحكم من له الحق لأنه قد يكون غرضه إثبات الحق دون المطالبة به، ونفس الثبوت ليس بحكم على الصحيح في الرافعي لأن الحكم نفس الإلزام بالخروج عن الحق، وهذا يتوقف على رضا أصحاب الحق بطلبه اهـ شوبري.

وعبارة شرح م ر، وخرج بقوله سأل ما إذا لم يسأله لامتناع الحكم للمدعي قبل أن يسأل فيه كامتناعه قبل دعوى صحيحة إلا فيما تقبل فيه شهادة الحسبة ثم قال وعلم مما تقرر أنه إذا عدلت البينة لم يجز الحكم إلا بطلب المدعي فإذا طلبه قال لخصمها لك دافع في هذه البينة أو قادح فإن قال لا أو نعم ولم يثبته حكم عليه انتهت (قوله لأنه ربما نسي) راجع لقوله فلا يتمكن القاضي من الحكم عليه، وقوله أو عزل راجع لقوله أو لا يقبل إلخ فهو لف ونشر مرتب كما قاله العناني اهـ (وسأل القاضي ذلك) أي الحكم والإشهاد به.

(قوله في قرطاس أحضره) عبارة العباب في قرطاس منه أو من بيت المال، وفي عبارة الروض في الشق الثاني، وثم أي وعند القاضي قرطاس من بيت المال، وفي شرحه، وقضية كلامه أنه إذا لم يكن عنده قرطاس ولا أتى به السائل لم يستحب ذلك، والظاهر استحبابه.

وعبارة الأصل لا تنافيه فإنه إنما نفى الوجوب فقط اهـ سم (قوله وسواء في ذلك) أي في لزوم الحكم والإشهاد وسن الإجابة تأمل (قوله نعم إن تعلقت الحكومة بصبي إلخ) في شرح شيخنا أن مثلهما المغمى عليه، والغائب نقلا عن الزركشي، وقوله وجب التسجيل أي وإن لم يسأل في ذلك اهـ ح ل (قوله وصيغة الحكم إلخ) عبارة شرح م ر، وصيغة الحكم الصحيح الذي هو الإلزام النفساني المستفاد من جهة الولاية حكمت إلخ انتهت (قوله بخلاف قوله ثبت عندي كذا) وثمرة الفرق بين الحكم، والثبوت تظهر في أمور منها رجوع الحاكم أو الشهود فإن كان بعد الحكم غرموا، وإن كان بعد الثبوت لم يغرموا، وأما التفرقة بين الحكم بالصحة، والحكم بالموجب فقد أطالوا فيها الكلام، وأفردت بالتأليف، وحاصل ما ذكره بعضهم أن الحكم بالموجب يستدعي أهلية التصرف، وصحة صيغته أي في حد ذاتها لا خصوص هذه الصيغة، والحكم بالصحة يزيد على ذلك كون التصرف صادرا في محله أي يكون حكما بصحة هذه الصيغة بخصوصها، مثلا من وقف على نفسه، وحكم بموجبه حنفي كان حكما منه بأن الواقف أهل للتصرف، وصيغة وقفه على نفسه صحيحة فلا يحكم ببطلانها من يرى الإبطال وليس حكما بصحة وقفه على نفسه أي بصحة هذه الصيغة بخصوصها، والحكم بالصحة حكم بذلك فلمن يرى الإبطال نقضه اهـ ح ل.

وعبارة سم (مهمة) الحكم بالموجب يستدعي صحة الصيغة، وأهلية التصريف وبالصحة يستدعي ذلك، وأن التصرف صادر في محله، وكل منهما رافع للخلاف لأن مدار رفعه على الحكم بصحة الصيغة غاية الأمر أن الحكم بالصحة يتوقف على ثبوت الملك انتهت، وفي ق ل على الجلال.

(فائدة) الحكم بالموجب يلزمه الصحة، ويتناول الآثار الموجودة والتابعة، والحكم بالصحة للموجودة فقط ولكنه أقوى من حيث استلزامه الملك، وقد ذكر الولي العراقي الفرق بين الحكم بالصحة، والحكم بالموجب في مؤلف له، ونحن نذكر حاصله لما فيه من الفوائد الجليلة، ونذكر ما خولف فيه في إفتائه مع زيادة عليه فنقول الآثار المترتبة إن كانت متفقا عليها فأمرها، واضح لا حاجة إلى ذكره، وأما المختلف فيها فشرط صحة الحكم بها، ومنع المخالف من نقضها أن يكون قد دخل وقتها

كما لو حكم حنفي بموجب التدبير، ومن موجبه منع بيعه عنده فليس للشافعي أن يأذن في بيعه إذا رفع إليه فإن لم يدخل وقتها حين الحكم فهو إفتاء لا حكم منه كما لو علق إنسان طلاق امرأة أجنبية على نكاحه لها، وحكم مالكي بموجبه فإذا عقد ذلك الإنسان عليها كان للشافعي الحكم باستمرار النكاح إذا رفع إليه لأن وقوع الطلاق معلق على سبب لم يوجد حال الحكم فهو نظير ما لو قال حكمت بصحة بيع هذا العبد إذا بيع أو بطلاق هذه المرأة إذا طلقها زوجها، وهذا جهل أو." (١)

"(و) سن (نسختان) لما وقع بين ذي الحق وخصمه (إحداهما) تعطى (له) غير مختومة (والأخرى) تحفظ (بديوان الحكم) مختومة مكتوبا على رأسها اسم الخصمين.

(وإذا حكم) قاض باجتهاد أو تقليد (فبان) حكمه (بمن لا تقبل شهادته) كعبدين (أو خلاف نص) من كتاب أو سنة أو نص مقلده (أو إجماع أو قياس جلي) وهو ما قطع فيه بنفي تأثير الفارق بين الأصل والفرع أو بعد تأثيره (بان أن لا حكم) وهو المراد بقوله نقضه هو وغيره أي من الحكام لتيقن الخطأ فيه ولمخالفته القاطع أو الظن المحكم بخلاف القياس الخفي وهو ما لا يبعد فيه تأثير الفارق فلا ينقض الحكم المخالف له لأن الظنون المتعادلة لو نقض بعضها ببعض لما استمر حكم ولشق الأمر على الناس والجلي كقياس الضرب على التأفيف للوالدين في قوله تعالى ﴿فلا تقل لهما أف﴾ [الإسراء: ٢٣] بجامع الإيذاء والخفي كقياس الذرة على البر في باب الربا بجامع الطعم وتعبيري بما ذكر أعم مما عبر به المذكور بعضه في الشهادات.

(وقضاء) بقيد زدته بقولي (رتب على أصل كاذب) إن كان باطن الأمر فيه بخلاف ظاهره (ينفذ ظاهرا) لا باطنا فلا يحل حراما ولا عكسه فلو حكم بشهادة زور بظاهر العدالة لم يحصل بحكمه الحل باطنا سواء المال والنكاح وغيرهما أما المرتب على أصل صادق فينفذ القضاء فيه باطنا أيضا قطعا إن كان في محل اتفاق المجتهدين وعلى الأصح عند البغوي وغيره إن كان في محل اختلافهم وإن كان الحكم لمن لا يعتقده لتتفق الكلمة ويتم الانتفاع فلو قضى حنفي للشافعي بشفعة الجوار أو بالإرث بالرحم حل له الأخذ به وليس للقاضي منعه من الأخذ بذلك ولا من الدعوى به إذا أرادها اعتبارا بعقيدة الحاكم ولأن ذلك مجتهد فيه والاجتهاد إلى القاضي لا إلى غيره ولهذا جاز للشافعي أن يشهد بذلك عند من يرى جوازه وإن كان خلاف اعتقاده.

(ولو رأى) قاض أو شاهد (ورقة فيها حكمه أو شهادته) على شخص بشيء (أو شهد شاهدان أنه حكم أو شهد) بكذا (لم يعمل به) واحد منهما

ــــــQسفه، وفي شرح شيخنا اعتماد خلاف هذا، والرد على الولي العراقي فيه ولم يرتضه شيخنا، وغيره، ولي بهم أسوة، ومنه ما لو حكم شافعي بموجب الإجارة ثم مات المؤجر فللحنفي أن يحكم بفسخها لعدم دخول وقت الفسخ حال

(١) حاشية الجمل على شرح المنهج = فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب الجمل ٣٥٠/٥

حكمه، وقد يستوي الحكم بالصحة، **والحكم بالموجب** كما لو حكم حنفي بالنكاح بلا ولي أو بشفعة الجوار أو بالوقف على النفس، وكما لو حكم شافعي بإجارة الجزء الشائع من دار أو عبد، وقد يفترقان كما في مسألة التدبير السابقة فللشافعي الحكم بصحة بيعه إن حكم الحنفي بالصحة لا إن حكم بالموجب، وكما لو حكم الشافعي ببيع دار لها جار فللحنفي الحكم بصحة الشفعة للجار إن حكم الشافعي بالصحة لا إن حكم بالموجب لأنه للاستمرار والدوام، ومنه، ومنه ما لو حكم مالكي في القرض فيمتنع على الشافعي أن يحكم بالرجوع في عينه إن حكم بالموجب لا إن حكم بالصحة، ومنه ما لو حكم شافعي في الرهن فللمالكي الحكم بفسخه بنحو عتق الراهن مثلا إن حكم الشافعي بالصحة لا إن حكم بالموجب لأن موجبه عند الشافعي استمراره، ومن أراد المزيد على ذلك فليراجع أصله، وغيره من محله اهـ بحروفه.

(قوله وسن نسختان) أي وإن لم يطلب الخصم ذلك اهـ شرح م ر (قوله مختومة) بأن تشمع ثم يختم على الشمع فالمراد بالختم أن يجعل على الورقة قطعة شمع بعد طيها لا ما هو معروف الآن قرره شيخنا الخليفي.

(قوله أو خلاف نص إلخ) في الروض، وشرحه بعد نحو ذلك ما نصه ولو قضى قاض بصحة نكاح المفقود زوجها بعد أربع سنين، ومدة العدة وبنفي خيار المجلس وبنفي بيع العرايا، ومنع القصاص في المثقل أي في القتل، وصحة بيع أم الولد وصحة نكاح الشغار، ونكاح المتعة وحرمة الرضاع بعد حولين، ونحو ذلك كقتل مسلم بذمي وجريان التوارث بين المسلم، والكافر نقض قضاؤه اهـ ثم وجه في شرحه النقض في هذه الصور قال م ر والنقض في هذه الصور هو المعتمد بخلاف غيرها أي ومنه ما ذكره بعد في الروض وشرحه بقوله أو قضى بصحة النكاح بلا ولي أو شهادة من لا تقبل شهادته كفاسق فلا ينقض قضاؤه اهـ سم (قوله بان أن لا حكم) قضيته أنه لا يحتاج إلى نقض، والمعتمد أنه لا بد منه اهـ س ل.
وعبارة شرح م ر نقضه وجوبا أي أظهر بطلانه، وإن لم يرفع إليه انتهت، وقال في الروض، وعليه إعلام الخصمين بانتقاضه اهـ سم، وكأن عبارة الروض تفسير لعبارة م ر (قوله أو الظن المحكم) أي الواضح الدلالة اهـ سم (قوله كقياس الضرب على التأفيف) فالفارق بين الضرب، والتأفيف هو أن الضرب إيذاء بالفعل، والتأفيف إيذاء بالقول مثلا مقطوع بأنه لا يؤثر في الحكم، وهو حرمة الضرب أي لا ينفيها فلو حكم بعدم تعزير من ضرب أباه لكون الضرب ليس حراما بطل حكمه اهـ (قوله كقياس الذرة على البر) فإن الفارق بينهما موجود، وهو كثرة الاقتيات في البر دون الذرة لكن لا يبعد تأثيره في الحكم أي لا ينفي الربوية عن الذرة فإذا حكم بصحة بيع الذرة بمثله متفاضلا لم ينقض حكمه لمخالفته للقياس الخفي المثبت أنه ربوي المستلزم عدم صحة بيعه بمثله متفاضلا تأمل.

(قوله على أصل كاذب) المراد به شهادة الزور تأمل (قوله بظاهري العدالة) بدل اشتمال من شهادة أو الباء بمعنى من.
وعبارة شرح م ر فالحكم بشهادة كاذبين ظاهرهما العدالة لا يفيد الحل باطنا انتهت (قوله إن كان في محل اتفاق المجتهدين) مثل وجوب صوم رمضان بشاهدين، والذي في محل اختلافهم مثل وجوب صومه بواحد، ومثل شفعة الجوار كما يأتي (قوله ولهذا جاز للشافعي أن يشهد بذلك) أي باستحقاق الإرث والشفعة عند من يرى جوازه، وظاهره، وإن لم يقل للقاضي

عندكم أو لم يقل في الإرث بالرحم، وفي الشفعة بالجوار فليتأمل اهـ ح ل.

(قوله لم يعمل به) أي بما ذكر من رؤية الورقة، ومن شهادة الشاهدين إلخ، وأشعر كلامه بجواز العمل." (١)

"نزع منه) وجعل عند عدل دفعا للذل عنه (وله) أي لسيده (كسبه) وهو باق على تدبيره لا يباع عليه لتوقع الحرية والولاء.

(وبطل) أي التدبير (بنحو بيع) للمدبر للخبر السابق فلا يعود وإن ملكه بناء على عدم عود الحنث في اليمين ومعلوم أن محجور السفه لا يصح بيعه وإن صح تدبيره ونحو من زيادتي (و) بطل (بإيلاد) لمدبرته لأنه أقوى منه بدليل أنه لا يعتبر من الثلث ولا يمنع منه الدين بخلاف التدبير فيرفعه الأقوى كما يرفع ملك اليمين النكاح (لا بردة) من المدبر أو سيده صيانة لحق المدبر عن الضياع فيعتق بموت السيد وإن كانا مرتدين (و) لا (رجوع) عنه (لفظا) كفسخته أو نقضته كسائر التعليقات (و) لا (إنكار) له كما أن إنكار الردة ليس إسلاما وإنكار الطلاق ليس رجعة فيحلف أنه ما دبره (و) لا (وطء) لمدبرته سواء أعزل أم لا لأنه لا ينافي الملك بل يؤكده بخلاف البيع ونحوه (وحل له) وطؤها لبقاء ملكه ولم يتعلق به حق لازم.

(وصح تدبير مكاتب) كما يصح تعليق عتقه بصفة كما يأتي (وعكسه) أي كتابة مدبر بناء على أن التدبير تعليق عتق بصفة فيكون كل منهما مدبرا مكاتبا ويعتق بالأسبق من الوصفين موت السيد وأداء النجوم ويبطل الآخر لكن إن كان الآخر كتابة لم تبطل أحكامها فيتبع العتيق كسبه وولده كما قاله ابن الصباغ في الأولى ويقاس بها الثانية

ــــــــQقوله نزع منه) وإنما لم يبع عليه كما في التي قبلها لأنه في حين التدبير في هذه كانت يده على المدبر صحيحة غير واجبة الإزالة فلم تبطل حقه من الولاء ولا حق العبد من العتق بخلاف تلك كما هو ظاهر اهـ ح ل (قوله لا يباع عليه) أي وأما سيده فله بيعه اهـ شوبري وقوله والولاء أي بشرط أن يسلم السيد أو عصبته كما هو معلوم اهـ.

(قوله وبطل بنحو بيع) أي ولو بإشارة أخرس تفهم اهـ عب وفيه أيضا كالروض فإن باع بعضه فالباقي مدبر اهـ.
(فرع) حكم حاكم بمنع بيع المدبر أو بموجب التدبير امتنع بيعه أو بصحة التدبير جاز بيعه وهذه من المسائل التي يختلف فيها **الحكم بالموجب** والحكم بالصحة اهـ م ر (فرع)
قال في العباب ولا يرد العبد التدبير قبل موت السيد أو بعده إن لم يعلقه بمشيئته اهـ سم (قوله فلا يعود وإن ملكه إلخ) عبارة أصله مع شرح م ر فلو باعه أو وهبه وأقبضه ثم ملكه لم يعد التدبير على المذهب لأن زوال الملك يبطل كلا من الوصية والتعليق وكما لا يعود الحنث في اليمين وفي قول على قول التعليق يعود على قول عود الحنث في القسم انتهت (قوله في اليمين) أي فيما إذا قال لزوجته إن دخلت الدار فأنت طالق ثم أبانها ثم عقد عليها عقدا آخر ثم دخلت في العقد الثاني فإن المعتمد أن الحنث لا يعود فلا تطلق اهـ شيخنا هذا والأظهر تصويره بما إذا حلف لا يكلم عبد زيد فخرج عن ملكه ثم

(١) حاشية الجمل على شرح المنهج = فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب الجمل ٥/٣٥١

عاد فكلمه لكن هذا يتوقف على خلاف في الحنث وكون الراجح عدمه حرر

(قوله ومعلوم أن محجور السفه إلخ) أتى بهذا لأنه وارد على عموم كلامه لأنه صريح بصحة تدبير السفيه ثم قال ويبطل التدبير بنحو بيع فيفيد ذلك صحة بيع السفيه له فنبه على ذلك بقوله ومعلوم إلخ أي فمحل بطلان التدبير بالبيع فيمن يصح منه ذلك تأمل (قوله وإن كانا مرتدين إلخ) أي ويحسب من الثلث وإن كان ماله فيئا لا إرثا لأن الشرط تمام الثلثين لمستحقيهم اوإن لم يكونوا ورثة اهـ س ل (قوله ولا رجوع عنه لفظا) أي بناء على الراجح أن التدبير تعليق عتق بصفة كما أشار إليه بقوله كسائر التعليقات وأما لو بنينا على أنه وصية بالعتق فإنه يصح الرجوع عنه باللفظ كما يصح الرجوع عنها به أشار له م ر وعبارته ولو رجع عنه بقول صح الرجوع إن قلنا بالمرجوح أنه وصية لما مر في الرجوع عنها وإلا بأن لم نقل وصية بل تعليق عتق بصفة كما هو الأصح فلا يصح بالقول كسائر التعليقات انتهت (قوله ولا إنكار له) عبارة أصله مع شرح م ر في الفصل الآتي ولو ادعى عبده التدبير فأنكره فليس برجوع وإن جوزنا الرجوع بالقول كما أن جحوده الردة أو الطلاق ليس إسلاما ورجعة وقال في موضع آخر إنه رجوع ووالمعتمد ما هنا بل يحلف السيد ما دبره لاحتمال أنه يقر فإن نكل حلف العبد وثبت تدبيره وله رفع اليمين بإزالة ملكه عنه انتهت.

(قوله بناء على أن التدبير تعليق عتق بصفة) هذا راجع للمسألتين قبله أي قوله وصح تدبير مكاتب وقوله وعكسه ومفهومه أنا لو بنينا على أنه وصية بالعتق لم يصح تدبير المكاتب لأن الوصية أضعف من الكتابة فلا تدخل عليها لأن الأضعف لا يدخل على الأقوى ووجه ضعفها أي الوصية صحة بيع الموصى به دون المكاتب ولم يصح أيضا في عكسه وهو كتابة المدبر لأن كتابة الموصى به رجوع عن الوصية وإبطال لها حتى لو سبق الموت على أداء النجوم لم يعتق المدبر على هذا القول اهـ شيخنا عزيزي (قوله لم تبطل أحكامها) أي بالنسبة للفرعين اللذين ذكرهما لا من كل وجه وإلا فهو لا يطالب بالنجوم كما سيأتي وقوله فيتبع العتيق كسبه إلخ فهذا نتيجة عدم البطلان ولو بطلت لكان كسبه وولده للسيد فيكون تركة تأمل (قوله فيتبع العتيق كسبه) أي الحاصل قبل الموت ولا يطالب بالنجوم لبطلان الكتابة وهل يرجع إذا أدى بعضها أم لا يرجع لأنها من كسبه نقل عن العباب الرجوع وقوله كما قاله ابن الصباغ معتمد واعتمده شيخنا في شرحه ونقله عن والده اهـ ح ل وقوله ويقاس بها الثانية اعتمده الخطيب اهـ سم وقوله وولده أي إذا كان الرقيق ذكرا إذ هو الذي يختلف فيه الحال بين الكتابة والتدبير فولد المدبر لا يتبعه كما سيأتي في قوله ولا يتبع مدبرا ولده وولد المكاتب يتبعه رقا وعتقا كما سيأتي في قوله وليس له تزوج إلا بإذن سيده ولا وطء فإن وطئ فلا حد والولد من وطئه نسيب فإن." (١)

"دعواه به بغير ذكر انتقال لأنه مؤاخذ بإقراره، نعم لو قال: وهبته له وملكه لم يكن إقرارا بلزوم الهبة لجواز اعتقاده لزوم الهبة بالعقد ذكره في الروضة كأصلها ويرجح بشاهدين أو بشاهد وامرأتين لأحدهما على شاهد مع يمين للآخر لأن ذلك حجة بالإجماع وأبعد عن تهمة الحالف بالكذب في يمينه إلا أن يكون مع الشاهد يد فيرجع بها على من ذكر. ولا يرجح بزيادة شهود لأحدهما ولا برجلين على رجل وامرأتين ولا على أربع نسوة لكمال الحجة في الطرفين ولا ببينة مؤرخة

---

(١) حاشية الجمل على شرح المنهج = فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب الجمل ٥/٤٥٥

على بينة مطلقة. ويرجع بتاريخ سابق والعين بيدهما أو بيد غيرهما، أو لا بيد أحد. ورجحت بينة ذي الأكثر لأن الأخرى لا تعارضها فيه. ولصاحب التاريخ السابق أجرة وزيادة حادثة من يوم ملكه بالشهادة لأنهما نماء ملكه ويستثنى من الأجرة ما لو كانت العين بيد البائع قبل القبض فلا أجرة عليه للمشتري على الأصح.

(ومن حلف على فعل

ـــــــQفقالوا: تسمع إذا لم يكن صرح أنها ملكه بل اقتصر على البيع وهذا هو المعتمد ز ي.

قوله: (فلو أزيلت يده بإقرار) أي حقيقة أو حكما وهو اليمين المردودة من الداخل على الخارج وهذا مقابل قوله: ولو أزيلت يده ببينة.

قوله: (لم تسمع دعواه به) أي يملك ما أقر به قوله: (نعم لو قال) : أي الداخل في إقراره وهذا استدراك على قوله لم تسمع إلخ.

قوله: (وهبته له) أي للخارج قوله: (لم يكن إقرارا بلزوم الهبة) وحينئذ تسمع دعواه بالملك بعد هذا القول: وإن لم يذكر انتقالا كما في م ر. وكتب بعضهم قوله: لم يكن إقرارا بلزوم الهبة إلخ. وينبني على ذلك أنه تسمع دعواه بغير ذكر انتقال لكن محل ذلك إذا كان ممن يجهل لزوم الهبة وعدمه بالعقد أما إذا كان عالما وأقر بما ذكر ثم عاد وادعى أنه ملكه لم تسمع بغير ذكر انتقال وكذا يقيد بما إذا لم تنقل العين من يد المقر بالهبة إلى المقر له وإلا فلا تسمع دعوى المقر بعد ذلك إلا بذكر الانتقال.

قوله: (لجواز اعتقاده لزوم الهبة بالعقد) يؤخذ منه أن المسألة مقيدة بالقيدين السابقين وعبارة شرح م ر لجواز اعتقاده فيقبل دعواه بعد ذلك. وإن لم يذكر انتقالا نعم يظهر تقييده أخذا من التعليل بما إذا كان ممن اشتبه عليه الحال اهـ. وفي ح ل هذا لا يتأتى في فقيه لا يجهل مثله ذلك.

قوله: (ويرجح بشاهدين) : كلام مستأنف ليس مرتبطا بما قبله بل مرتبط بقوله فيم سبق والعين بيدهما أو لا بيد أحد أو بيد ثالث أما إذا كانت العين بيد أحدهما فلا يتأتى هذا بل تقدم بينة الداخل مطلقا كما تقدم. فالحاصل أن قوله: والعين بيدهما راجع لقوله: ويرجح برجلين إلخ. ولقوله: لا بزيادة شهود ولقوله: ويرجح بتاريخ سابق.

قوله: (مع يمين للآخر) أي في غير بينة الداخل. قوله: (ولا يرجح بزيادة شهود) بل يتعارضان لكمال الحجة من الطرفين ولأن ما قدره للشرع لا يختلف بالزيادة والنقص كدية الحر والقديم نعم كالرواية وفرق الأول بما مر وبأن مدار الشهادة على أقوى الظنين. ومنه يؤخذ أنه لو بلغت تلك الزيادة عدد التواتر رجحت وهو واضح لإفادتها حينئذ العلم الضروري وهو لا يعارض شرح م ر شوبري.

قوله: (لكمال الحجة في الطرفين) : ولا ترجح بينة وقف على بينة ملك ولا بينة انضم إليها حكم بالملك على بينة بلا حكم، ولا فرق بين الحكم بالصحة **والحكم بالموجب** فإن تعارض حكمان: كأن أثبت كل أن معه حكما لكن أحدهما بالصحة والآخر بالموجب اتجه تقديم الأول لاستلزامه ثبوت الملك بخلاف الثاني شرح م ر باختصار.

قوله: (ويرجح بتاريخ سابق) كأن شهدت بينة لواحد بملك من سنة إلى الآن وبينة أخرى لآخر بملك بأكثر من سنة إلى

الآن والعين بيدهما أو بيد غيرهما أو لا بيد أحد رجحت بينة ذي الأكثر كسنتين شرح المنهج بزيادة.
قوله: (والعين بيدهما) حال فإن كانت بيد أحدهما رجحت بينته وإن تأخر تاريخها برماوي.
قوله: (ورجحت) أي وإنما رجحت بينة ذي الأكثر أي أكثر المدتين وهي الأسبق تاريخا قال م د: كذا في بعض النسخ بالواو وفي بعضها بحذفها وهو الصواب اهـ. وقوله: وهو الصواب محل تأمل بل ثبوتها هو الصواب: لأن الجملة مستأنفة استئنافا بيانيا واقعا في جواب سؤال اقتضته الجملة الأولى تقديره: لأي شيء وقع الترجيح بتاريخ السابق وقول المحشي الصواب حذفها إنما يناسب عبارة المنهج.
قوله: (ذي الأكثر) : أي أكثر المدتين وهي الأسبق تاريخا لعدم المعارضة في الزائد على الأخرى فهو توجيه لقوله: ويرجح بتاريخ سابق.." (١)

"متعددة) متفقة في الحكم الشرعي (عليها) والتنفيذ المتعارف الآن المستعمل غالبا معناه إحاطة القاضي علما بحكم القاضي الأول على وجه التسليم، وأنه غير معترض عنده، ويسمى اتصالا ويتجوز بذكر الثبوت والتنفيذ فيه.
ذكره ابن الفرس الحنفي (وفي كلام بعضهم) أي: الأصحاب (أنه) أي: التنفيذ (عمل بالحكم) المنفذ (وإجازة له وإمضاء كتنفيذ) الوارث (الوصية) حيث توقفت على الإجازة، وعلم منه أن التنفيذ ليس بحكم؛ لما تقدم، ولأن الحكم المحكوم به تحصيل الحاصل، وهو محال، وإنما هو عمل بالحكم وإمضاء له كتنفيذ الوصية وإجازة له، فكأنه يجيز هذا المحكوم به بعينه، - لحرمة الحكم، وإن كان حبس ذلك المحكوم به غيره، ومعنى التنفيذ المذكور أن يحصل من الخصم منازعة عند قاض آخر ويرفع إليه حكم الأول، فيمضيه وينفذه، ويلزمه العمل بمقتضاه.

(والحكم بالصحة في عقود المعاوضات يستلزم ثبوت الحكم والحيازة قطعا) فمن ادعى أنه ابتاع من المدعى عليه عينا، واعترف له بذلك لم يجز للحاكم الحكم بصحة البيع بمجرد ذلك حتى يدعي المدعي أنه باعه العين المذكورة وهو مالك أو مأذون له، ويقيم البينة بذلك، فأما لو اعترف له البائع بذلك فلا يكفي في جواز الحكم بالصحة؛ لأن اعترافه يقتضي ادعاءه ملك العين المبيعة وقت البيع، ولا يثبت ذلك بمجرد دعواه، فلا بد من بينة تشهد بملكه وحيازته حالة البيع حتى يسوغ للحاكم الحكم بالصحة.
(**والحكم بالموجب** - بفتح الجيم - حكم بموجب الدعوى الثابتة بينته أو غيرها) أي: بما ترتب على الدعوة الثابتة بذلك (ك: بإقرار) ونكول؛ لأن موجب الشيء هو أثره الذي ترتب عليه (فالدعوى المشتملة على ما يقتضي صحة العقد المدعى به) من بيع أو نكاح أو غيرها (الحكم فيها بالموجب حكم بالصحة) لأن الصحة من موجبه كسائر آثاره. قال الولي العراقي: فيكون **الحكم بالموجب** حينئذ أقوى مطلقا لسعته وتناوله الصحة.
(و) آثارها." (٢)

---

(١) حاشية البجيرمي على الخطيب = تحفة الحبيب على شرح الخطيب البجيرمي ٤٢٢/٤
(٢) مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى الرحيباني ٤٨٨/٦

"والدعوى (غير المشتملة على ذلك) أي: ما يقتضي صحة العقد المدعى به كأن ادعى أنه باعه العين فقط (الحكم فيها بالموجب ليس حكما بها) أي: الصحة، إذ موجب الدعوى حينئذ حصول صورة بيع بينهما، ولم تشتمل الدعوى على ما يقتضي صحته حيث لم يذكر أن العين كانت للبائع ملكا؛ ولم تقم به بينته وصحة العقد يتوقف على ذلك بخلاف ما سبق. لا يقال هو أيضا في الأولى لم يدع الصحة فكيف يحكم له بها؟ لأن دعواها وإن لم تكن صريحة فهي واقعة ضمنا؛ لأنها مقصود المشتري (وقال التقي السبكي) وتبعه ابن قندس (الحكم بالموجب يستدعي صحة الصيغة) أي: الإيجاب والقبول قولين كانا أو فعلين أو صيغة الوقف أو العتق كذلك (وأهلية التصرف) من بائع وواقف ونحوهما (ويزيد الحكم بالصحة كون تصرفه في محله) بأن يكون تصرفه فيما يملكه ولا مانع منه.

(وقال السبكي أيضا، الحكم بالموجب هو الأثر) أي: الحكم بالأثر (الذي يوجبه اللفظ) أي: يترتب عليه صيغة العاقد (والحكم بالصحة كون اللفظ) أي: الصيغة (بحيث يترتب عليه الأثر) من انتقال الملك ونحوه؛ فالحكم بالموجب حكم على العاقد بمقتضى عقده، لا حكم بالعقد، بخلاف الحكم بالصحة، وهما أي: الحكم بالصحة والحكم بالموجب (مختلفان فلا يحكم بالصحة إلا باجتماع الشروط) أي: شروط العقد المحكوم بصحته، وإن لم تجتمع فهو حكم بالموجب (والحكم بالإقرار ونحوه كالنكول (كالحكم بموجبه) إذ معناه إلزام المقر بما أقر به، وهو أثر إقراره ولا يحكم بالصحة. نقله الولي العراقي عن شيخه البلقيني، وقال: ولا يظهر لهذا معنى، فليتأمل.

وقد رجع الشيخ إلى ما ذكر أولا من أن الحكم بالموجب يتضمن الحكم بالصحة (والحكم بالموجب لا يشمل الفساد انتهى) هذا رد لقول القائل إن الحكم بالموجب لا فائدة له؛ لأن معناه حكمت بصحته إن كان صحيحا، وبفساده إن كان فاسدا، فهو تحصيل للحاصل، وحاصل الجواب." (١)

"أن موجبه هي آثاره التي تترتب عليه والفساد ليس منها؛ فلا يشمله الحكم بالموجب (قال المنقح: والعمل على ذلك، وقالوا أي:) الأصحاب (الحكم بالموجب يرفع الخلاف) لأنه حكم على العاقد بمقتضى ما ثبت عليه من العقد، فلو وقف على نفسه، وحكم بموجبه من يراه؛ فليس للشافعي سماع دعوى الواقف في إبطال الوقف بمقتضى ما ثبت كونه وقفا على النفس حتى يتبين موجبه؛ لعدم صحة الوقف، ككون الموقوف مرهونا.

(وتلخيصه) أي: ما ذكر (على ما أفاده) الولي العراقي وشيخه البلقيني أنه إن قامت بينة عادلة باستيفاء شروط عقد يراد الحكم به؛ (حكم بصحته، وإلا) تقم بينة باستيفاء الشروط (حكم بموجبه) كما تقدم، إذا تقرر هذا؛ فالحكم (بالموجب) عندهما (أحط رتبة) من الحكم بالصحة.

(وقد يستويان) أي: الحكم بالموجب والحكم بالصحة (في مسائل كحكم حنفي بصحة نكاح بلا ولي أو بموجبه أو بشفعة جار أو وقف على نفس؛ فليس للشافعي نقضه) سواء حكم بصحة ذلك أو بموجبه (وكحكم شافعي بصحة أو موجب إجارة) جزء مشاع من دار أو عبد أو نحوهما (فليس للحنفي نقضه) سواء حكم بالصحة أو بالموجب (وقد يختلفان) في مسائل يكون في بعضها الحكم بالموجب أقوى، وفي بعضها الحكم بالصحة أقوى.

---

(١) مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى الرحيباني ٤٨٩/٦

القسم الأول أشار إليه بقوله: (كحكم حنفي بصحة تدبير، فيسوغ للشافعي الحكم ببيعه؛ لأن التدبير عند الشافعي صحيح، ولكن يباع، فلو حكم حنفي بموجبه) ؛ أي: التدبير (لم يكن للشافعي الحكم ببيعه؛ لأن من موجب التدبير عنده عدم بيعه، و) منه أيضا (لو حكم شافعي بصحة شراء دار لها جار؛ ساغ للحنفي الحكم بالشفعة؛ لأن البيع عنده صحيح مسلط لأخذ الجار) كما يقول الشافعي في بيع أحد الشركاء (ولو حكم الشافعي بموجب الشراء) للدار المذكورة (لم يكن للحنفي الحكم بها) أي: بالشفعة للجار (لأن من موجبه عنده) أي:." [1]

"الشافعي (دوامه) أي: دوام الحكم (واستمراره. والقضية المختلف فيها فما كان منها قد جاء وقت الحكم فيها؛ نفذ، وما لا) يكون قد جاء وقت الحكم فيه (فلا ينفذ، فالأول كحكم حنفي بموجب التدبير بعد صدوره؛ فحكمه به في وقته) بعد وجوده (فلا يسوغ نقضه، وصار المدبر كأم الولد) في الحكم (والثاني أن يعلق شخص طلاق أجنبية. بتزويجها؛ فيحكم مالكي أو حنفي بموجبه، فإذا تزوج بها، وبادر شافعي، وحكم باستمرار العصمة؛ نفذ حكمه، ولم يكن)

حكم الشافعي (نقضا للحكم وحكم الأول؛ لأن حكمه) أي الحنفي والمالكي بموجب تعليق طلاق امرأة معينة على التزويج بها قبل التزوج بها (لم يتناول الطلاق) ولا دخل في موجب وقوعه بعد التزوج (لأنه أي:) الطلاق (أمر لم يقع) لعدم مصادفته عصمة (حين الحكم) الصادر من الحنفي أو المالكي، فإن التزوج إلى الآن لم يقع، وقد لا يوجد (فكيف يحكم على ما لم يقع) ولا يدري هل يقع أو لا (فما هذا الصادر منه) أي: من ذلك الحكم (إلا مجرد فتوى لا حكم) ؛ إذ لو كان حكما لرفع الخلاف، وامتنع على من لا يراه نقضه (وتسميته حكما إما جهل أو تجوز) . انتهى.

وحاصل الكلام أن **الحكم بالموجب** حكم على العاقد بمقتضى عقده، لا حكم بالعقد، وتقدم، ولا يخفى ما بينهما من التفاوت قاله ابن نصر الله، وذكر الغزي فروقا بين الحكم بالصحة وبين **الحكم بالموجب** منها ما سبق، ومنها أن كل دعوى كان المطلوب فيها إلزام المدعى عليه بما يثبت عليه الحكم فيها بالإلزام هو **الحكم بالموجب**، ولا يكون بالصحة، لكن يتضمن **الحكم بالموجب** الحكم بالصحة، إقرارا كان أو غيره، ومنها الحكم بالصحة، ومنها أن الحكم يتضمن أشياء لا يتضمنها الحكم بالصحة؛ فلو حكم بصحة عقد البيع لم يمنع ذلك إثبات خيار المجلس، ولا فسخ المتعاقدين أو أحدهما، ولو حكم بموجبه والإلزام بمقتضاه؛ امتنع التمكن من الفسخ. انتهى.." [2]

"وقد صنف الشيخ ولي الدين العراقي الشافعي وريقات في الفرق بين الحكم بالصحة **والحكم بالموجب**، وأوردها الفتوحي في شرحه للمنتهى، وهي نافعة جيدة موضحة لما سبق.

[فصل في من لم يعرف خصمه وأنكره المحبوس]

فصل ثم رجع المصنف إلى أمر المحابيس فقال (ومن لم يعرف خصمه، وأنكره) المحبوس بأن قال: حبست ظلما ولا حق علي ولا خصم لي (نودي بذلك) في البلد.

---

(١) مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى الرحيباني ٦/٤٩٠

(٢) مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى الرحيباني ٦/٤٩١

قال في " المقنع " ومن تبعه: ثلاثا، ولم يذكره في " المحرر " " والفروع " وغيرهما، ولعل التقيد بالثلاث أنه يشتهر بذلك ويظهر الغريم إن كان غائبا، ومن لم يقيد فمراده أن ينادى عليه حتى يغلب على الظن أنه ليس له غريم، ويحصل ذلك غالبا في ثلاث، فالمعنى في الحقيقة واحد كما أفاده في " الإنصاف " (فإن لم يعرف) خصمه بعد ذلك (حلفه) أي: المحبوس حاكم (وخلاه) أي: أطلقه؛ إذ الظاهر أنه لو كان له خصم لظهر (ومع غيبة خصمه) المعروف (يبعث إليه) ليحضر للبحث عن أمر المحبوس (ومع تأخره بلا عذر) يخلي سبيله (والأولى) أن يكون ذلك (بكفيل) احتياطا.

قال البهوتي: قلت: ولعله إن لم يكن حبسه بدين شرعي، وإلا لم يجز إطلاقه إلا إذا أدى أو ثبت إعساره، كما في باب الحجر.

ثم إذا تم أمر المحبوسين (ينظر في أمر أيتام ومجانين ووقوف ووصايا لا ولي لهم) أي: الأيتام والمجانين (ولا ناظر) للوقوف والوصايا، لأن هذه أموال يتعلق بها حفظها وصرفها في وجوهها؛ فلا يجوز إهمالها، ولا نظر له مع الولي والناظر الخاص، لكن له الاعتراض إن فعل ما لا يسوغ (فلو نفذ) القاضي (الأول وصية موصى إليه أمضاها)." [(١)]

"ومحكوم به وله ومحكوم عليه وحاكم

ــــــQمطلب في التنفيذ

وأما التنفيذ فالأصل فيه أن يكون حكما إذ من صيغ القضاء قوله: أنفذت عليك القضاء قالوا وإذا رفع إليه قضاء قاض أمضاه بشروطه، وهذا هو التنفيذ الشرعي ومعنى رفع اليد حصلت عنده فيه خصومة شرعية، وأما التنفيذ المتعارف في زماننا غالبا فمعناه إحاطة القاضي الثاني علما بحكم الأول على وجه التسليم له ويسمى اتصالا اهـ ملخصا وسيأتي تمام الكلام عليه في آخر فصل الحبس. مطلب أمر القاضي هل هو حكم أو لا؟

وأما أمر القاضي فاتفقوا على أن أمره بحبس المدعى عليه قضاء بالحق كأمره بالأخذ منه، وعلى أن أمره بصرف كذا من وقف الفقراء إلى فقير من قرابة الواقف ليس بحكم، حتى لو صرفه إلى فقير آخر صح واختلفوا في قوله سلم الدار وتمام الكلام عليه في البحر والنهر، وأطلق الشارح في الفروع آخر الفصل الآتي تبعا للبزازي أنه حكم إلا في مسألة الوقف وسيأتي تمامه. مطلب الحكم الفعلي

وأما الحكم الفعلي فسيأتي في الفروع هناك أن فعل القاضي حكم إلا في مسألتين، وحقق ابن الغرس أنه ليس بحكم وأطال الكلام عليه في البحر والنهر، وسيأتي توضيحه هناك إن شاء الله تعالى.

(قوله: ومحكوم به) وهو أربعة أقسام حق الله تعالى المحض كحد الزنا أو الخمر، وحق العبد المحض، وهو ظاهر وما فيه الحقان وغلب فيه حق الله تعالى كحد القذف أو السرقة أو غلب فيه حق العبد كالقصاص والتعزير ابن الغرس وشرطه كونه معلوما، بحر عن البدائع، وعن هذا **فالحكم بالموجب** بفتح الجيم لا يكفي ما لم يكن الموجب أمرا واحدا كالحكم بموجب البيع أو الطلاق أو العتاق وهو ثبوت الملك والحرية، وزوال العصمة فلو أكثر فإن استلزم أحدهما الآخر صح، كالحكم على الكفيل

---

(١) مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى الرحيباني ٦/٤٩٢

بالدين فإن موجبه الحكم عليه به، وعلى الأصيل الغائب وإلا فلا كما لو وقع التنازع في بيع العقار فحكم شافعي بموجبه فإنه لا يثبت به منع الجار عن الشفعة فللحنفي الحكم بها وأطال في بيانه العلامة ابن الغرس وسيذكره الشارح آخر الفصل الآتي لكن هذا في الحقيقة راجع إلى اشتراط الدعوى في الحكم كما أشار إليه في البحر ويأتي ذكره في الطريق.

(قوله: وله) أي ومحكوم له وهو الشرع كما في حقوقه المحضة أو التي غلب فيها حقه ولا حاجة في ذلك إلى الدعوى بخلاف ما تمحض فيها حق العبد أو غلب والعبد هو المدعي، وعرفوه بمن لا يجبر على الخصومة إذا تركها، وقيل غير ذلك والشرط فيه بالإجماع حضرته أو حضرة نائب عنه كوكيل أو ولي أو وصي فالمحكوم له المحجور كالغائب اهـ ملخصا من الفواكه البدرية.

(قوله: ومحكوم عليه) وهو العبد دائما لكنه إما متعين واحدا أو أكثر كجماعة اشتركوا في قتل فقضي عليهم بالقصاص أو لا، كما في القضاء بالحرية الأصلية، فإنه حكم على كافة الناس، بخلاف العارضة بالإعتاق فإنه جزئي واختلفوا في الوقف والصحيح المفتى به أنه لا يكون على الكافة فتسمع فيه دعوى الملك، أو وقف آخر والمحكوم عليه في حقوق الشرع من يستوفي منه حقه، سواء كان مدعى عليه أو لا، كما مرت الإشارة إليه اهـ ملخصا من الفواكه وسيذكر المصنف آخر الفصل الآتي حكاية الخلاف في نفاذ الحكم على الغائب، ويأتي تحقيقه هناك إن شاء الله تعالى.

(قوله: وحاكم) هو إما الإمام أو القاضي أو المحكم أما الإمام فقال علماؤنا حكم السلطان العادل ينفذ واختلفوا في المرأة فيما سوى الحدود والقصاص وإطلاقهم." (١)

"لترك ما ذكره وقد تعارفوا في زماننا القضاء بالموجب

ــــــQفإنه أفاد أن شرط صحة الحكم كونه بعد دعوى صحة إلخ.

(قوله: لترك ما ذكر) فمؤداها إحاطة القاضي الثاني علما بحكم القاضي الأول على وجه التسليم له، وأنه غير معترض عنده ويسمى اتصالا ويتجوز بذكر الثبوت والتنفيذ فيه اهـ ابن الغرس. قلت: وللعلامة ابن نجيم صاحب البحر رسالة في الحكم بلا تقدم الدعوى وقال في آخرها: واعلم أن هذا فيما تشترط فيه الدعوى، وأما الوقف فالصحيح عدم اشتراطها لكونه حق الله تعالى، فتقبل البينة بلا دعوى ويحكم به كما في البزازية والظهيرية والعمادية وغيرها، فعلى هذا لا إنكار على التنافيذ الواقعة في زماننا لكتب الأوقاف؛ لأن حاصلها إقامة البينة على حكم قاض بالوقف فقولهم إن التنافيذ في زماننا ليست أحكاما إنما هو في غير الوقف إلخ اهـ ملخصا. قلت: لكن هذا ظاهر في الوقف على الفقراء وفي إثبات مجرد كونه وقفا، أما كونه موقوفا على فلان أو فلان وأن الواقف شرط كذا أو كذا فهذا حق عبد فلا بد فيه من دعواه لإثبات حقه، وكذا في إثبات شروطه كما يعلم مما ذكرناه في كتاب الوقف فتأمل مطلب مهم في **الحكم بالموجب.**

(قوله: وقد تعارفوا إلخ) هذا من متعلقات اشتراط صحة الدعوى من خصم على خصم لصحة القضاء وبيانه أنه إذا وقع تنازع في موجب خاص، من مواجب ذلك الشيء الثابت عند القاضي، ووقعت الدعوى بشروطها كان حكما بذلك الموجب فقط دون غيره، فلو أقر بوقف عقار عند القاضي، وشرط فيه شروطا وسلمه إلى المتولي ثم تنازعا عند القاضي

---

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار) ابن عابدين ٥/٣٥٣

الحنفي في صحته ولزمه، فحكم بهما وبموجبه لا يكون حكما بالشروط فللشافعي أن يحكم فيها بمقتضى مذهبه ولا يمنعه حكم الحنفي السابق وتمامه في الأشباه وذكر في البحر: أن القاضي إذا قضى بشيء في حادثة بعد دعوى صحيحة لا يكون قضاء فيما هو من لوازمه إلى أن قال فقد علمت من ذلك كثيرا من المسائل، فإذا قضى شافعي بصحة بيع عقار، وموجبه لا يكون حكما منه بأنه لا شفعة للجار لعدم حادثتها، وكذا إذا قضى حنفي لا يكون حكما بأن الشفعة للجار، وإن كانت الشفعة من مواجبه؛ لأن حادثتها لم توجد وقت الحكم ولا شعور للقاضي بها،

وكذا إذا قضى مالكي بحصة التعليق في اليمين المضافة لا يكون حكما بأنه لا يصح نكاح الفضولي المجاز بالفعل لعدمه وقته فافهم فإن أكثر أهل زماننا عنه غافلون اهـ، وكذا قال العلامة قاسم أما كون الحكم حادثة فاحتراز عما لم يحدث بعد كما لو حكم بموجب إجارة لا يكون حكما بالفسخ بموت أحد المتآجرين؛ لأنه لم توجد فيه خصومة اهـ، قلت: وقد ظهر من هذا أن المراد بالموجب هنا الذي لا يصح به الحكم هو ما ليس من مقتضيات العقد، فالبيع الصحيح مقتضاه خروج المبيع عن ملك البائع، ودخوله في ملك المشتري، واستحقاق التسليم، والتسلم في كل من الثمن والمثمن ونحو ذلك فإن هذه وإن كانت من موجباته لكنها مقتضيات لازمة له، فيكون الحكم به حكما بها بخلاف ثبوت الشفعة فيه للخليط أو للجار مثلا، فإن العقد لا يقتضي ذلك أي لا يستلزمه فكم من بيع لا تطلب فيه الشفعة، فهذا يسمى موجب البيع، ولا يسمى مقتضى وهذا معنى قول بعض المحققين من الشافعية إن الموجب عبارة عن الأثر المترتب على ذلك الشيء، وهو والمقتضى مختلفان خلافا لمن زعم اتحادهما؛ إذ المقتضى لا ينفك، والموجب قد ينفك فالأول كانتقال المال للمشتري بعد لزوم البيع.

والثاني كالرد بالعيب والموجب أعم." (١)

". . . . .

ـــــــهلأنه الأثر اللازم سواء كان ينفك أو لا اهـ وهذا أحسن مما قاله العلامة ابن الغرس من أن موجب الشيء ما أوجبه ذلك الشيء واقتضاه، فالموجب والمقتضى في الأصل واحد، ولكن يلزم من بعض الصور أن الموجب في باب الحكم أعم، وهو التحقيق إذ لو باع مدبره ثم تنازعا عند القاضي الحنفي، فحكم بموجب ذلك البيع صح الحكم ومعناه الحكم ببطلان ذلك البيع، ومن المعلوم أن الشيء لا يقتضي بطلان نفسه فظهر أن الحكم في هذه الصورة لا يكون حكما بالمقتضى، وإلا كان باطلا، وكان للشافعي نقضه والحكم بصحة البيع إذ لا مقتضى للبيع عند الحنفي؛ لأنه باطل ويصح عند الحنفي أن يقال موجب هذا البيع البطلان اهـ ملخصا. وإنما قلنا إن ما مر أحسن؛ لأنه يرد على ما قاله ابن الغرس أنه كما يقال إن الشيء لا يقتضي بطلان نفسه، فكذلك يقال إنه لا يوجب بطلان نفسه، فدعواه أنهما في الأصل بمعنى واحد، وأن هذا السبب هو الداعي إلى الفرق بينهما هنا غير مسلم، فالظاهر أن الفرق بينهما هو اشتراط عدم الانفكاك في المقتضى لا في الموجب أعم **فالحكم بالموجب** عندنا لا يصح، ما لم يكن حادثة بأن وقع فيه الترافع، والتنازع عند الحاكم كما مر، فإذا وقع التنازع في صحة البيع ولزومه فحكم بموجب ذلك البيع كان حكما بصحته وبباقي مقتضياته الشرعية التي لا تنفك

---

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار) ابن عابدين ٥/٣٩٧

عنه كملك المشتري المبيع، ولزوم دفعه الثمن ونحو ذلك بخلاف موجبه المنفك عنه كاستحقاق الجار الأخذ بالشفعة لعدم الحادثة كما قلنا.

١ -

مطلب الموجب على ثلاثة أقسام ثم اعلم أن ابن الغرس ذكر أن الموجب على ثلاثة أقسام؛ لأنه إما أن يكون أمرا واحدا أو أمورا يستلزم بعضها بعضا أو لا، فالأول: كالقضاء بالأملاك المرسلة والطلاق والعتاق إذ لا موجب لهذا سوى ثبوت ملك الرقبة للعين والحرية وانحلال قيد العصمة، والثاني: كما إذا ادعى رب الدين على الكفيل بدين له على الغائب المكفول عنه وطالبه به فأنكر الدين فأثبته وحكم بموجب ذلك فالموجب هنا أمران لزوم الدين للغائب ولزوم أدائه على الكفيل. والثاني: يستلزم الأول في الثبوت. والثالث: كما إذا حكم شافعي بموجب بيع عقار اقتصر الحكم على ما وقعت به الدعوى فلا يكون حكما بأنه لا شفعة للجار، وهكذا في نظائره هذا حاصل ما قرره ابن الغرس وتبعه في النهر وزاد عليه قسما رابعا لكنه يرجع إلى كونه شرطا للقسم الثاني كما يظهر بالتأمل لمن راجعه.

[تنبيه] قدمنا آنفا عن البحر عن فتاوى الشيخ قاسم أنه نقل الإجماع على أن تقدم الدعوى الصحيحة شرط لنفاذ الحكم، وأيد ذلك صاحب البحر في رسالة ألفها في ذلك، ثم قال فقد استفيد مما في هذه الكتب المعتمدة أنه لا فرق بين ما إذا كان القاضي حنفيا أو غيره إلى أن قال: ومما فرعته على أن قضاء المخالف إذا رفع إلينا فإنا نمضيه فيما وقع حكمه به لا في غيره، ما لو قضى شافعي ببينة ذي اليد على خارج نازعه ثم تنازع ذو اليد وخارج آخر عند حنفي فإنه يسمع الدعوى ولا يمنعه قضاء الشافعي من سماعها، بناء على أن مذهبنا أن القضاء بالملك لا يكون قضاء على الكافة، بل يقتصر على المقضى عليه، وهو الخارج الأول وإن كان مذهب الحاكم تعديه كما قدمناه من أن قضاء المالكي بغير دعوى غير صحيح عندنا وإن صح عنده، فإذا رفع إلينا لا ننفذه، وكذلك هنا لا نتعرض لحكمه على الخارج الأول، وأما الثاني فلم يقع حكمه عليه على مقتضى مذهبنا، ومما فرعته لو حجر شافعي على سفيه بعد دعوى صحيحة، ثم رفعت إلينا حادثة من تصرفاته فإنا نحكم بمذهب أبي يوسف ومحمد للحجر على السفيه فإنهما وإن وافقا الشافعي في أصل الحجر، لم يوافقاه في أنه يؤثر في كل شيء وإنما يؤثر عندهما فيما يؤثر فيه الهزل. فإذا تزوجت السفيهة التي حجر عليها شافعي، ولم يرفع نكاحها إليه ولم يبطله بل رفع إلى حنفي،

فله." (١)

"ولو قال الموثق وحكم بمقتضاه لا يصح؛ لأن الشيء لا يقتضي بطلان نفسه وبه ظهر أن **الحكم بالموجب** أعم نهر

(إلا ما) عري عن دليل مجمع أو (خالف كتابا) لم يختلف في تأويله السلف كمتروك تسمية (أو سنة مشهورة)

ـــــــQفيخرج ما لا حادثة فيه كما لو حكم شافعي بموجب بيع بعد إنكاره لا يكون حكما بثبوت خيار المجلس مثلا، مما ليس من لوازمه ومثله ما قدمناه من مسألة الهبة وغيرها هذا ما ظهر لي في هذا المحل فتأمل.

(قوله: فإذا قال الموثق) هو كاتب القاضي الذي يكتب الوثيقة وهي المسماة حجة في زماننا.

---

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار) ابن عابدين ٥/٣٩٨

(قوله: وبه ظهر أن الحكم بالموجب أعم) أي من المقتضى، فإن بطلان بيع المدبر موجب لا مقتضى لما ذكره فكل مقتضى موجب، ولا عكس والضمير في به عائد إلى قوله ولو قال الموثق إلخ، فإن الشارح اقتصر على التمثيل ببيع المدبر الذي هو من أفراد الموجب لينبه على أن الموجب لا يلزم كونه مقتضى، فلا يرد ما قيل إن الذي ظهر من عبارته أن بينهما التباين لا العموم فافهم.

(قوله: مجمع) لم يمثل له في شرحه قال ط: والمراد به كما رأيته بهامشه نحو القضاء بسقوط الدين عند ترك المطالبة به سنين.

(قوله: لم يختلف في تأويله السلف) الجملة صفة كتابا والمراد بالسلف الصحابة والتابعون رضي الله تعالى عنهم أجمعين – رضي الله تعالى عنهم –، لقول الهداية المعتبر الاختلاف في الصدر الأول، وهم الصحابة والتابعون اهـ، وعليه فلا يعتبر اختلاف من بعدهم كمالك والشافعي، وسيأتي أنه خلاف الأصح.

(قوله: كمتروك تسمية) أي عمدا فإنه مخالف لظاهر قوله تعالى ﴿ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه﴾ [الأنعام: ١٢١]– بناء على أن الواو في قوله وإنه لفسق للعطف، والضمير راجع إلى مصدر الفعل الذي دخل عليه حرف النهي، أو إلى الموصول، واحتمال كونها حالية فتكون قيدا للنهي رد بأن التأكيد بإن واللام ينفيه؛ لأن الحال في النهي مبناه على التقدير كأنه قيل لا تأكلوا منه إن كان فسقا فلا يصلح ﴿وإنه لفسق﴾ [الأنعام: ١٢١] ، بل وهو فسق، ولو سلم فلا نسلم أنه قيد للنهي بل هو إشارة إلى المعنى الموجب له كلا تهن زيدا وهو أخوك، ولا تشرب الخمر وهو حرام عليك، نهر موضحا وتمامه في رسالة ابن نجيم المؤلفة في هذه المسألة. مطلب في الحكم بما خالف الكتاب أو السنة أو الإجماع.

(قوله: أو سنة مشهورة) قيد بالمشهورة احترازا عن الغريب زيلعي، ولا بد ها هنا من تقييد الكتاب بأن لا يكون قطعي الدلالة وتقييد السنة، بأن تكون مشهورة أو متواترة غير قطعية الدلالة، وإلا فمخالفة المتواتر من كتاب أو سنة إذا كان قطعي الدلالة كفر، كذا في التلويح، وأما إذا وقع الخلاف في أنه مؤول أو غير مؤول فلا بد أن يترجح أحد القولين بثبوت دليل التأويل، فيقع الاجتهاد في بعض أفراد هذا القسم أنه مما يسوغ فيه الاجتهاد أم لا كذا في الفتح وظاهر كلامهم يعطي أن آية التسمية على الذبيحة لا تقبل التأويل بل هي نص في المدعى وفيه نظر يظهر مما مر، نهر، أي ما مر من احتمال أوجه الإعراب، على أنه إذا كان المراد من النص ظني الدلالة كما مر، ففي عدم نفاذ الحكم بمعارضة نظر ظاهر كما قاله العلامة ابن أمير حاج في شرح التحرير. ثم قال: والذي يظهر أن القضاء بحل متروك التسمية عمدا وبشاهد ويمين ينفذ من غير توقف، على إمضاء قاض آخر وبيع أمهات الأولاد لا ينفذ ما لم يمضه قاض آخر اهـ.

قلت: لكن قد علمت أن عدم النفاذ في متروك التسمية مبني على أنه لم يختلف فيه السلف، وأنه لا اعتبار بوجود الخلاف بعدهم وحينئذ فلا يفيد احتمال الآية أوجها من الإعراب نعم على ما يأتي من تصحيح اعتبار اختلاف من بعدهم يقوي هذا البحث، ويؤيده ما في الخلاصة من القضاء بحل متروك التسمية عمدا جائز عندهما." (١)

"ذكر لفظ الصلح، أو لم يذكر (مجمع الأنهر والخانية وواقعات المفتين) .

ولا يصح تعليق الإبراء عن الدين بالشرط كما إذا قال لمدينه: إذا مت (بنصب تاء الخطاب) فأنت بريء لا تصح؛ لأنه

---

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار) ابن عابدين ٥/٤٠٠

كقوله إن دخلت الدار فأنت بريء.

أما لو قال: إن مت (بضم التاء) فأنت بريء، وأنت في حل جاز؛ لأنه وصية (رسالة الشرنبلالي) ويستثنى ما إذا علقه بكائن كقوله: إن كانت الشمس طالعة فأنت بريء من الدين لقولهم: إن التعليق به تنجيز.

إلا أنه إذا كانت صور التعليق هي معنى إجارة يحمل على الإجارة، ويكون صحيحا.

مثلا لو قال أحد لمدينه: إذا قمت بعملي هذا، أو إن خطت ثيابي، أو نقلت متاعي هذا إلى بيتي فأنت بريء من العشرة دراهم المطلوبة لي منك، وقام ذلك الشخص بذلك العمل يبرأ (واقعات المفتين) .

[(المادة ١٠٦٣) ليس للإبراء شمول لما بعده]

المادة (١٠٦٣) - (ليس للإبراء شمول لما بعده. يعني إذا أبرأ أحد آخر تسقط حقوقه التي قبل الإبراء أما حقوقه الحادثة بعد الإبراء فله الادعاء بها) .

لا يشمل الإبراء ما بعده أي لا يشمل الحقوق الحادثة بعد زمن الإبراء؛ لأن الإبراء فرع لثبوت الحق فإذا لم يثبت الحق فلا يكون الإبراء صحيحا.

فلذلك لو ادعى الدائن قائلا للمدعى عليه: إن لي في ذمتك ألف درهم ثمن الفرس الذي بعته لك بعد الإبراء، وإنك قد أقررت بذلك فالدعوى صحيحة.

يعني إذا أبرأ أحد آخر تسقط حقوقه التي يشملها الإبراء سواء كانت قبل الإبراء، أو وقته فلذلك إذا أبرأ الدائن المدين من العشرة دنانير التي في ذمته فأقر المدين بعد ذلك بأنه مدين بتلك الدنانير فلا يؤاخذ (علي أفندي) انظر شرح المادة (٥١) وشرح المادة الآنفة.

أما حقوقه الحادثة بعد الإبراء فله الادعاء بها فلذلك لو ادعى أحد على آخر بألف درهم، وأثبت دعواه بشاهدين ودفع المدعى عليه الدعوى قائلا: إنك أبرأتني من الألف درهم المذكورة وأثبت دفعه هذا بشاهدين ينظر: فيبحث عن تاريخ الدين والإبراء فإذا كان تاريخ الإبراء مؤخرا عن تاريخ الدين يحكم بالإبراء انظر المادة الآنفة.

أما إذا وجد تاريخ الدين مؤخرا عن تاريخ الإبراء فيحكم حسب هذه المادة بالدين.

وإذا وجد تاريخهما مساويا، أو لم يبين تاريخهما أو بين تاريخ الدين، ولم يبين تاريخ الإبراء أو بالعكس ففي هذه الصور الأربعة يحكم بالإبراء، ولا يأخذ المدعي من المدعى عليه شيئا، لأنه في هذه الصور الأربعة، يحتمل أن يكون الحق المدعى به ثابتا قبل الإبراء وساقطا بالإبراء كما أنه يحتمل بأنه ثابت بعد الإبراء وغير ساقط به فحصل شك في صحة الشهادة، والحكم بالشك غير جائز انظر المادة (٤) ، وإن يكن أن المدعي يدعي الدين بسبب حادث بعد الإبراء فيجب قبول الدعوى والشهادة إلا أنه إذا تعارض الموجب والمسقط فيعتبر أن المسقط الآخر واقع لأن السقوط يكون بعد الوجوب سواء وقع الحكم بالموجب، أو لم يقع.

كذلك لو أبرأ أحد آخر من جميع الدعاوى والخصومات ثم ادعى بعد الإبراء مالا منه بسبب الإرث فإذا كانت وفاة المورث وقعت قبل الإبراء فدعواه غير صحيحة، ولو كان يجهل حين الإبراء وفاة مورثه فلو أبرأه مطلقا، أو أقر أنه لا يستحق عليه

شيئا ثم ظهر بعد ذلك أن المقر له كان قبل الإبراء أو الإقرار مشغول الذمة بشيء من متروك أب المقر، ولم يعلم المقر بذلك يعمل الإقرار." (١)

"(تنبيه:)

المراد من تقديم المانع في القاعدة المذكورة على المقتضي رعايته والعمل به دون المقتضي، كما يظهر من تطبيق الفروع على القاعدة، فهو على هذا مقدم في الرتبة والاعتبار لا في الزمن. إذ لا يظهر في شيء من الفروع المفرعة على القاعدة تقدم للمانع على المقتضي في الزمن ولا تأخر عنه، بل لا يصح أن يلاحظ ذلك في شيء من فروع القاعدة كما يظهر للمتأمل، حتى لو كان المانع والمقتضي يجري بينهما التقدم والتأخر في الزمن فهناك يعتبر المانع متأخرا في الزمن عن المقتضي لتتحقق حينئذ رعايته والعمل به ويحصل اعتباره وتقدمه الرتبي، بدليل ما في جامع الفصولين: شهد اثنان أنه مات وهي امرأته، وآخران أنه طلقها قبل موته، يفتى بأولوية بينة الطلاق. وكذلك بينة الخلع أولى من بينة النكاح ولو ادعت الزوجة النكاح في الحال، لأن الخلع يكون أبدا بعد النكاح. وكذا بينة الإبراء أولى من بينة أن له عليه كذا في الحال.

ولو ادعى دينا أو عينا فبرهن خصمه أنك أقررت أن لا دعوى ولا خصومة لي عليك، تسمع وتدفع دعواه، وإن كان يحتمل أنه يدعي عليه بسبب بعد إقراره؛ لأن الأصل أن الموجب والمسقط إذا تعارضا يعتبر المسقط متأخرا، إذ السقوط يكون بعد الوجوب، سواء اتصل **الحكم بالموجب** أو لم يتصل. (ر: محلات متفرقة من النصف الأخير من الفصل العاشر من جامع الفصولين) .

(تنبيه آخر:)

قد يتعارض المانع والمقتضي ولا يقدم أحدهما على الآخر بل يعمل في كل." (٢)

"الثالث: معرفته بسبب الحكم، وشروطه، وموانعه، وهذا يعلم بالحس أو الخبر أو العادة، ومعرفة هذا الأمر يؤدي إلى بيان صلاحية الحكم في المحل المعين، أو انتفائه عنه، ومتى أخطأ في واحد من هذه الأمور أخطأ في الحكم.

ويقصد بالحكم في اللغة: القضاء في الشيء بأنه كذا أو ليس بكذا، أما في الاصطلاح فعرفه بعض العلماء بأنه: أمر نفساني يعبر عنه تارة بالقول، وتارة بالفعل، وتارة بالإشارة.

وهذا يعني أن الحكم غير القول والفعل والإشارة، وإنما هذه الأمور دالة عليه.

أنواع الحكم:

للحكم أنواع كثيرة من وجوه عدة، ولكن أهمها نوعان:

النوع الأول: الحكم بالصحة، وهو الحكم بصحة التصرف في المحكوم به، وهذا النوع يرد على التصرفات من عقود وغيرها، وهو أعلى درجات الحكم لاستكمال شروطه، وهي: ثبوت ملك المالك، وحيازته للشيء المتصرف فيه، وأهلية المتصرف،

---

(١) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام علي حيدر ٧١/٤

(٢) شرح القواعد الفقهية أحمد الزرقا ص/٢٥٠

وصحة التصرف.

النوع الثاني: **الحكم بالموجب**، وهو الحكم بالآثار المترتبة على التصرف على من صدر منه التصرف بموجب ذلك التصرف، وهذا النوع لا يشترط فيه ثبوت الملك للمتصرف، وإنما يكتفى بشرطين: أهلية التصرف، وصحة صيغته، وإنما جاز **الحكم بالموجب** مع عدم ثبوت الملك لأنه قد يعسر إثبات الملك، فإن تبين بعد ذلك عدم الملك وجب نقض الحكم.." (١)

"أ – الحكم بالصحة وبالموجب:

٨٢ – عرف سراج الدين البلقيني الشافعي الحكم بالصحة بأنه: عبارة عن قضاء من له ذلك في أمر قابل لقضائه ثبت عنده وجوده بشرائطه الممكن ثبوتها، أن ذلك الأمر صدر من أهله في محله على وجهه المعتبر عنده في ذلك شرعا، ومعنى صحته كونه بحيث تترتب آثاره عليه.

والحكم بالصحة يستدعي ثلاثة أشياء: أهلية التصرف، وصحة صيغته، وكون تصرفه في محله، ولذلك اشترط فيه ثبوت الملك والحيازة.

وعرف البلقيني **الحكم بالموجب** بأنه قضاء المتولي بأمر ثبت عنده بالإلزام، بما يترتب على ذلك الأمر خاصا أو عاما على الوجه المعتبر عنده في ذلك شرعا.

والحكم بالموجب يستدعي شيئين: أهلية التصرف، وصحة صيغته، فيحكم بموجبهما (١) .

وتوجد فروق بين الحكم بالصحة **والحكم بالموجب** مختلف فيها بين الفقهاء، منها: أن الحكم بالصحة منصب إلى نفاذ العقد الصادر من بيع أو وقف ونحوهما، والحكم

---

(١) تبصرة الحكام ١ / ١٠٢ – ١٠٤، ومعين الحكام ص ٤٩، ٥٠، ومغني المحتاج ٤ / ٣٩٥.." (٢)

"بالموجب منصب إلى ثبوت صدور ذلك الشيء، والحكم على من صدر منه بموجب ما صدر منه، ولا يستدعي ثبوت أنه مالك مثلا إلى حين البيع أو الوقف ولا بقية ما ذكر فيما يعتبر في الحكم بالصحة، وقد توسع بعض الفقهاء – مع اختلاف بينهم – في تعداد تلك الفروق وإيراد الأمثلة عليها، ولمزيد من التفصيل يرجع إلى مصادرهم (١) .

والحكم بالصحة أعلى درجات الحكم عند الحنفية والمالكية (٢) ، أما إذا كان **الحكم بالموجب** مستوفيا لما يعتبر في الحكم بالصحة كان أقوى لوجود الإلزام فيه وتضمنه الحكم بالصحة، وقد يتضمن **الحكم بالموجب** الحكم بالصحة، مثال ذلك: إذا شهدت عنده الشهود بأن هذا وقف وذكروا المصرف على وجه معين، فحكم القاضي بموجب شهادتهم، كان ذلك الحكم متضمنا للحكم بالصحة **والحكم بالموجب.**

وعند المالكية لا يجوز للقاضي أن يحكم بالموجب إلا بعد أن يستوفي الشروط المطلوبة في الحكم بالصحة (٣) ، ويرى ابن عابدين أن المراد بالموجب الذي لا يصح به الحكم هو

---

(١) السياسة الشرعية – جامعة المدينة جامعة المدينة العالمية ص/٨٤٧

(٢) الموسوعة الفقهية الكويتية مجموعة من المؤلفين ٣٣/٣٣٤

(١) التبصرة ١ / ١٠٦، ومعين الحكام ص ٥٠، ٥١، وشرح منتهى الإرادات ٣ / ٤٧٥، ٤٧٦.

(٢) التبصرة ١ / ١٠٣، ومعين الحكام ص ٤٩.

(٣) التبصرة ١ / ١٠٨، ١٠٩، ومعين الحكام ص ٥٣، ٥٤.." [١]

"أعلى من **الحكم بالموجب**. وفي شيء يكون الأمر بالعكس، وفي الغالب أن الحكم بالصحة يستلزم **الحكم بالموجب** وعكسه، وليس ذلك دائما فقد يتجرد كل منهما عن الآخر، مثال تجرد الصحة: البيع بشرط الخيار، فإنه صحيح ولم يترتب عليه أثره، فيحكم فيه بالصحة ولا يحكم فيه بالموجب.

ومثال تجرد الموجب: الخلع على نحو خمر فإنه فاسد ويترتب عليه أثره من البينونة ولزوم مهر المثل فيحكم فيه بالموجب دون الصحة، وكذا الربا والسرقة ونحوهما يحكم فيه بالموجب دون الصحة (١) .

وقال الحنابلة: الحكم بالصحة يستلزم ثبوت الملك والحيازة قطعا، **والحكم بالموجب** - بفتح الجيم - حكم بموجب الدعوى الثابتة ببينة أو غيرها كالإقرار، فالدعوى المشتملة على ما يقتضي صحة العقد المدعى به من نحو بيع أو إجارة يكون الحكم فيها بالموجب حكم بالصحة لأنها من موجبه كسائر آثاره فيكون **الحكم بالموجب** حينئذ أقوى مطلقا لسعته وتناوله الصحة وآثارها، والدعوى غير المشتملة على ذلك - أي ما يقتضي صحة العقد المدعى به كأن ادعى أنه باعه العين فقط - يكون الحكم فيها

(١) مغني المحتاج ٤ / ٣٩٤، ٣٩٥.." [٢]

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية مجموعة من المؤلفين ٣٣/٣٣٥

(٢) الموسوعة الفقهية الكويتية مجموعة من المؤلفين ٣٣/٣٣٦